مصباح الفقاهة

في المعاملات

من تقريرات بحث سماحة آية الله العظمى
السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي دام ظله

لمؤلفه
الميرزا محمد علي التوحيدي التبريزي

۴

بسم الله الرحمن الرحیم

مصابح الفقاهه - المكاسب المحرمه

كاتب:

آیت الله سید ابوالقاسم خوئی

نشرت فی الطباعة:

الفقاهه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه المجلد ۴

اشاره

شابک ۹۶۴-۹۱۸۰۷-۳-۲

پدیدآورنده(شخص) خویی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ -۱۲۷۸

عنوان مصباح الفقاهه فی المعاملات

تکرار نام پدیدآور تقریرالابحاث ابوالقاسم الموسوی "المحقق الخوئی"

مشخصات نشر قم: نشر الفقاهه،۱۴۲۰ ق. = -۱۳۷۸ .

...عنوان... مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

بها ۷۰۰۰۰ریال(دوره)

یادداشت عنوان روی جلد: مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

یادداشت عربی

یادداشت کتاب حاضر در سالهای مختلف توسط ناشرین مختلف منتشر شده است

یادداشت کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع معاملات (فقه)

شناسه افزوده (شخص) توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ -۱۳۰۳ ، گردآورنده

رده کنگره ۱۹۰،BP،/خ۹م۱۳۷۸،۶

رده دیوئی ۲۹۷/۳۷۲

شماره مدرک م۷۹-۳۳۰۶

[تتمه کتاب البیع]

[تتمه الکلام فی شروط المتعاقدین]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قوله مسأله: و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين أو مأذونين من المالک أو الشارع

اشاره

فعقد الفضولی «۱» لا يصح ای لا يترتب

---

(۱) الفضولی لغه هو الاشتغال بما لا يعنی قال فی المصباح:

و فضل فضلا من باب قتل زاد و خذ الفضل أی الزياده و الجمع فضول مثل فلس و فلوس و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه و لهذا نسب اليه على لفظه فقيل فضولی لمن يشتغل بما لا يعنيه لأنّه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزله المفرد و سمی بالواحد و فی أقرب الموارد: الفضول جمع الفضل كما مر و الفضول العمل الفضولی و هو مفرد هنا يقال ان ذلک فضول منه ای اشتغال بما لا يعنيه.

أقول: لو لا تنزيل الجمع منزل المفرد لكان القياس ان يقال فی مقام النسبه فضلی لا فضولی.

اما فی الاصطلاح فعن الشهيد: هو الكامل الغير المالك للتصرف و لو كان غاصبا، و فی شرح فتح القدير الفضول: جمع فضل غلب فی الاشتغال بما لا يعنيه و ما لا ولايه له فيه و كيف كان الفضولی صفه للعاقد و ما هو صفه للعقد انما هو الفضول فجعل الفضولی صفه للعقد مجاز و من قبيل توصيف الشی ء بحال متعلقه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴

عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.

أقول

قبل التعرض لحكم العقود الفضوليه يحسن بنا ان نتعرض لأمرين

الأول: إذا قلنا بصحه العقود الفضوليه فهل يمكن ان يحكم بصحه الإيقاعات الفضوليّه أم لا؟

إذا قلنا بان الالتزام بصحه العقود الفضوليه انما هو على خلاف القاعده أعنی بها أصاله الفساد، و ان الإطلاقات و العمومات لا تشملها حكمنا بفساد العقود و الإيقاعات- الفضوليه إلا ما خرج بالدليل قيل: ان مقتضی القاعده و ان كان هو الحكم بصحه العقود و الإيقاعات، و لكن قام الإجماع على عدم جريان الفضوليه فی الطلاق و العتاق بل فی مطلق الإيقاعات.

و إذا قلنا بأن صحه العقود

الفضوليه موافقه لمقتضى القاعده حكمنا بصحه الإيقاعات الفضوليه أيضا إلا ما خرج بالدليل لان العمومات و المطلقات كما تشمل العقود الفضوليه كذلك تشمل الإيقاعات الفضوليه أيضا و عليه فما ورد بالخصوص فى صحه العقود الفضوليه يكون مؤيد لتلك العمومات و المطلقات.

و يرد عليه: أنا لو سلمنا وجود الإجماع هنا، و لكن لا- نسلم كونه إجماعا تعبديا إذ من المحتمل ان القائلين ببطلان الطلاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى ان بطلان طلاق المكره يقتضى بطلان طلاق الفضولى بالأولويه أو الى الروايات الداله على ان الطلاق لا ينفذ إلا إذا صدر من الزوج أو ممن هو مأذون من قبله أو من قبل الشارع، و ان القائلين ببطلان العتاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى الروايات الداله على انه لا عتق إلا فى ملك و ان القائلين ببطلان مطلق الإيقاعات الفضوليه قد استندوا فى ذلك الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۵

عدم قابليه الإيقاع للتعليق واقعا، أو الى غير ذلك عن الوجوه الاعتباريه، و اذن فيرجع البحث الى تلك الوجوه. فلا يكون هذا إجماع تعبدى أما الوجوه المزبوره فهى أيضا ليست بتامه فلا- تدل على بطلا-ن الإيقاعات الفضوليه اما بطلان طلاق المكره كبطلان بيعه فإنما هو فى حد ذاته مع قطع النظر عن لحوق الإجازه، و يدل على عدم تحقق الإجماع المزبور انه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى صحه عتق الراهن العبد المرهون متوقعا للفك أو الإجازه، و ذهب بعضهم إلى صحه عتق المرتهن عن الراهن مع أجازته ذلک و اما الروايات الوارده فى المنع عن نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج، فالمراد منها هو ان الإنسان ليس له ان يطلق زوجه غيره مستقلا و

بغير اذنه و أجازته و هذا لا ينافى نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج مع الإجازه من الزوج بحيث يستند الطلاق اليه لا الى مجرى الصيغه، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال ببطلان العتاق الفضولى بالروايات المانعه عن العتق الصادر من غير المالك و يضاف الى ذلك ان أمثال هذه الروايات وارده فى البيع أيضا كقوله عليه السلام لا بيع إلا فى ملك فلو التزمنا بظاهرها فلا بد من الالتزام- ببطلان البيع الفضولى أيضا.

و اما دعوى ان التعليق فى الإيقاعات أمر مستحيل دعوى جزافيه ضروره أن المعانى الإيقاعات كالمعانى العقديه فى قبولها للتعليق و على الجمله انه لا دليل على بطلان الإيقاعات الفضوليه و إذا قلنا بكون الوصيه من الإيقاعات كانت الوصيه بما زاد على الثلث من الإيقاعات الفضوليه و لا إشكال فى صحتها مع اجازه الورثه و على

الجمله فلا نعقل وجها صحيحا لدعوى الإجماع التعبدى على بطلان الإيقاعات الفضوليه مطلقا أو فى الجمله.

الأمر الثانى: انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى بمجرد رضاء المالک باطنا من دون اماره عليه أم لا؟

ذهب المصنف إلى الأول و حكم بعدم توقفه على الإجازه اللاحقه

اشاره

سواء علم العاقد بالرضاء الباطنى حين العقد أم لم يعلم به حين ذلك و سواء انكشف له بعد العقد بأن المالک كان راضيا بالعقد حين وقوعه أم لم ينكشف له ذلك أصلا.

و استدل على رايه هذا بوجوه:

الأول: ان هذه المعامله مشموله لآيتى وجوب الوفاء بالعقد و التجاره عن تراض،

و لكن لا دلاله فى الآيتين على ذلك اما آيه وجوب الوفاء بالعقد، فلان مفادها هو ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقد نفسه، و من الظاهر أن مجرد اقتران العقد برضاء المالک لا يخرج العقد الصادر من الأجنبى عن الفضوليه و لا يجعله عقدا للمالک، بل العقد انما يصير عقدا للمالک، و يستند اليه اما بمباشره نفسه أو بنيابه الغير عنه بالإذن، أو بالإجازه اللاحقه- كما فى الفضولى- و شى ء من ذلک لم يتحقق فى المقام، و اذن فلا يكون العقد الصادر من الفضولى مع اقترانه برضاء المالک عقدا للمالک، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بآيه التجاره عن تراض، إذ لا تتحقق التجاره عن تراض بمجرد الرضاء الباطنى بالبيع الواقع على ماله فضولا و لا يقال للمالک انه اتجر بماله.

و قد ظهر لک مما بیناه، انه لا یمکن الاستدلال علی ذلک بقوله

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۷

تعالی أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ فان مفاده أحل اللّه بیوعکم و علیه فالممضی انما هو البیع المنسوب الی المالک لا مطلق البیع و ان لم ینسب الیه

الوجه الثانی: ما دل علی حرمه مال امرء مسلم الا بطیبه نفسه،

و من الواضح ان المالک فی الصوره المفروضه راض بالتصرف فی ماله، فیکون خارجا عن الفضولیه و الا لم یجز التصرف فیه.

و فیه: ان المراد من حلیه البیع ان کانت هی الحلیه التکلیفیه کحرمه الأکل و الشرب، فالروایات المزبوره خارجه عن محل الکلام لان البحث، انما هو فی نفوذ البیع الفضولی مع الرضاء الباطنی من المالک، و ان کان المراد هو الأعم من الحلیه الوضعیه و التکلیفیه فهو و ان کان لا بأس به، و لکن لا دلاله فیها علی ان المعتبر فی حلیه المال انما هو

خصوص رضاء المالک و طیب نفسه بل الظاهر منها هو ان الرضاء معتبر فی حلیه المال، و هذا لا ینافی اعتبار شی ء آخر فیها کإظهار الرضاء بمبرز خارجی من الاذن، أو الإجازه و السر فی ذلک هو ان أمثال هذه الجمل و المرکبات کقوله علیه السلام لا صلاه إلا- بطهور أو بفاتحه الکتاب و لا- عمل إلا- بنیه لا تدل علی الحصر، و أن الصلاه مثلا لا تتحقق الا بالطهور أو بفاتحه الکتاب و ان العمل لا- یتحقق إلا- بنیه، فإنه لا یستفاد منها الا اعتبار کون الفعل مقرونا بالنّیه أو الطهور أو بفاتحه الکتاب لا ان الفعل لا یوجد إلا بالأمور المذکوره، و کذلک الأمر فیما نحن فیه بل المستفاد منها انّما هو اعتبار المستثنی فی المستثنی منه سواء اعتبر فیه شی ء آخر أم لا.

[الوجه الثالث ما دل علی ان علم المولی بنکاح العبد و سکوته إقرار منه بذلک]

الوجه الثالث: ما دل علی ان علم المولی بنکاح العبد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۸

و سکوته إقرار منه بذلک فان الظاهر من هذه الطائفه [۱] هو کفایه الرضاء الباطنی فی خروج العقد عن الفضولیه.

و یرد علیه أولا: ان سکوت السید عن نکاح عبده مع اطلاعه علیه کاشف عرفی عن الرضاء بالعقد، و مورد بحثنا ما إذا لم یکن هنا کاشف عرفی عن ذلک.

و ثانیا: أن مجرّد رضاء المولی باطنا بنکاح عبده یکفی فی صحته، لما سیأتی من التفضیل بین کون الإجازه لتحقیق استناد العقد الی من یملک التصرف لیکون العقد عقدا له، و بین

---

[۱] عن معاویه ابن وهب قال: جاء رجل الی ابی عبد اللّه علیه السلام فقال انی کنت مملوکا لقوم و انی تزوجت امرأه حره بغیر إذن مولای ثم أعتقونی بعد ذلک فأجدد نکاح إیاها

حین اعتقت فقال له أ کانوا علموا انک تزوجت امرأه و أنت مملوک لهم فقال: نعم و سکتوا عنی و لم یغیروا علیّ فقال سکوتهم عنک بعد علمهم إقرار منهم اثبت علی نکاحک الأول و نحوه خبره الآخر عنه علیه السلام فی حدیث المکاتب و کذا خبر الحسن بن زیاد الطائی الوافی ج ۱۲ ص ۸۸ و عن عروه بن أبی الجعد البارقی قال عرض للنبی (ص) جلب فأعطانی دینارا و قال ای عروه أنت الجلب فاشتر لنا شاه قال فأتیت الجلب فساومت صاحبه فاشتریت منه شاتین بدینار فجئت أسوقهما أو قال أقودهما، فلقینی رجل فساومنی، فأبیعه شاه بدینار فجئت بالدینار فقلت یا رسول اللّٰه هذا دینارکم و هذه شاتکم قال کیف صنعت قال فحدثته الحدیث فقال اللهم بارک له فی صفقه یمینه فلقد رأیتنی أقف بکناسه الکوفه فاربح أربعین ألفا قبل أصل إلی أهلی و کان یشتری الجواری و یبیع مسند احمد ج ۴ ص ۳۷۶- المطبوع بمصر و بهامشه منتخب کنزل العمال و هناک خبران آخران سیأتی إنشاء اللّٰه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۹

کونها بمجرد تعلق حق الغیر، حیث نلتزم بکفایه الرضاء الباطنی فی الثانی دون الأول، و من الظاهر ان نکاح العبد من قبیل الثانی، حیث ان عقد النکاح مستند الی العبد جزما و انما الاحتیاج إلی- اجازه المولی من جهه ان فعل العبد متعلق حقه فقط.

الوجه الرابع: روایه عروه، فإنها ظاهره فی جواز الاکتفاء فی صحه العقد بالرضاء الباطنی و ان لم یقترن بالکاشف.

و یتوجه علیه أولا: ان الروایه غیر مذکور فی أصول الشیعه مسندا و انما هی مذکوره فی کتب العامه بسند ضعیف فلا یمکن الاستناد إلیها فی شی ء

فى الأحكام الشرعيه.

و ثانيا: انه يمكن ان البارقى كان وكيلا مفوضا عن النبى (ص) فى أمر شراء الشاه و بيعها و اذن فتكون الروايه بعيده عن محل بحثنا.

و ثالثا: أن إقباض عروه المبيع، و قبضه للثمن مع تقرير النبى (ص) ذلك لا يدل الا على رضاه (ص) بهما فقط لا على رضاه (ص) بأصل البيع أيضا ضروره انّه لا ملازمه بين جواز القبض و الإقباض و بين صحه البيع إذ قد يكون البيع صحيحا و لا يجوز القبض و الإقباض كبيع الوكيل الذى هو وكيل فى أصل المعامله فقط، و قد يجوز القبض و الإقباض مع فساد المعامله كما إذا كان أحد مأذونا فيهما من قبل المالك لا فى أصل المعامله و اذن فرضاء النبى (ص) بالقبض و الإقباض لا يدل على صحه ما أنشأه عروه من البيع.

ثم ان المصنف قد استظهر خروج الفرض المتقدم عن الفضوليه وعد توقفه على الإجازه اللاحقه من كلمات الفقهاء رضوان اللّه عليهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۰

كقولهم فى مقام الاستدلال على الصحه ان الشرائط كلها حاصله الا رضاء المالك و قولهم ان الإجازه لا يكفى فيها السكوت لأنه أعم من الرضاء و الى غير ذلك من كلماتهم.

و يتوجه عليه أولا: انه لا حجيه فى كلماتهم فان راى فقيه لا يكون حجه على فقيه أخر.

و ثانيا: انه لا ظهور فى كلماتهم فيما يرومه المستدل لان المراد من الرضاء المذكور فى كلماتهم هو الاختيار الذى هو فى مقابله الكراهه و الاضطرار حيث انهم ذكروها فى بيع المكره و قالوا ان من شرائط المتعاقدين الاختيار و ليس المراد منه طيب النفس و عليه فلا ربط لها بما نحن فيه و

لا أقل من الاحتمال، فتكون كلماتهم مجمله.

ثم قال لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الإجازه لأنه لا دليل على توقفه مطلقا على الإجازه اللاحقه.

و يتوجه عليه ان هذا الكلام يعد من الغرائب لأنا إذا قلنا باحتياج المعاملات الفضوليه إلى الإجازه اللاحقه كان ما نحن فيه من صغرياتها، فتحتاج صحته إلى الإجازه اللاحقه و لا يكفى فيها مجرد وجود الرضاء الباطنى، و ان قلنا بعدم احتياجها إلى الإجازه اللاحقه، لكونها مشموله للعمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها فليكن المقام كذلك و اذن فلا وجه لجعله من المعاملات الفضوليه ثم الحكم بعدم احتياجه إلى الإجازه اللاحقه.

ثم قال: مع انه يمكن الاكتفاء فى الإجازه بالرضاء الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات و يرد عليه انه إذا قلنا بكفايه الرضاء الباطنى المتأخر و لو آنا ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۱

فى صحه البيع و إخراجه عن الفضوليه قلنا بذلك فى الرضاء المقارن أيضا بالأولويه، فلا وجه لتخصيص الحكم المزبور بالرضاء المتأخر.

ثم انا لو اكتفينا فى خروج العقد عن الفضوليه بالرضاء الباطنى للزم القول بكون الكراهه الباطنيه موجبه لفساد البيع مع انها لا توجب بطلانه و من هنا لو باع الغاصب العين المغصوبه مع كراهه المغصوب منه ذلك، ثم رضى به لحكم بصحته فيعلم من ذلك ان الكراهه- الباطنيه لا تؤثر فى فساد المعامله و كذلك الرضاء الباطنى لا يكفى فى صحتهما لان سبيلهما واحد.

ثم قال: انه لو أشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد نكاحا أو بيعا مع العلم برضاء السيد له لعدم تحقق المعصيه التى

هى مناط المنع فى الاخبار و عدم منافاته لعدم استقلاله فى التصرف.

و يرد عليه: انه لا وجه لتخصيص الحكم بالعبد بل يجرى ذلك فى كل عقد كان فضوليه من ناحيه كونه متعلقا لحق الغير كبيع الراهن العين المرهونه مع رضاء المرتهن بذلك باطنا و نكاح الباكره بدون اذن الولى و النكاح على بنت الأخ أو الأخت بدون إذن العمه و الخاله فإن الرضاء الباطنى يكفى صحه العقد فيها و فى أمثالها و سيأتى ذلك تفصيلا.

ثم انه ذهب شيخنا الأستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء الباطنى عن الفضوليه مطلقا

سواء كانت فضوليته لتعلق حق الغير بذلك أم كانت فضوليته من ناحيه صدوره من غير المالك و إليك لفظ مقرّر بحثه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۲

و الحق عدم صحه العقد الصادر من غير من بيده زمام أمر المعقود عليه بمجرد الرضاء الباطنى من المالك و من له الحق مرتهنا كان أو مولى و ذلك لانه لو كان أمر العقد موقوفا و غير ماض اما لعدم كون العاقد مالكا أو لعدم كونه مستقلا فلا يخرج عن التوقيف الا باستناده الى المالك أو ذى الحق و الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائيه و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من إيجادهما إما باللفظ أو بالفعل فلا الكراهه الباطنيه رد و لا الرضاء الباطنى إجازه بل كل منهما يحتاج الى كاشف.

و التحقيق هو التفصيل فى المقام بين ما كانت الإجازه لتحقيق استناد العقد الى المالك بحيث يكون العقد الصادر من الفضولى عقدا له بالحمل الشائع و بينما كانت الإجازه لأجل كون المبيع متعلقا لحق الغير، فكل مورد تعتبر الإجازه فى العقد لأجل استناده الى من له العقد فان الرضاء الباطنى الساذج لا يصح ذلك و فى كل مورد اعتبرت الإجازه، لا لتلك الجهه

بل لجهه أخرى لا شبهه فى كفايه الرضاء الباطنى فى ذلك، و على الأول، فلا يكفى فى استناد العقد الى المالك مجرد الرضاء الباطنى و ان الاقتران برضاء المالك لا يخرج العقد عن الفضوليه ما لم يكن اذن و توكيل من المالك و الوجه فى ذلك ان العقد الصادر من الفضولى لا يكون مشمولا لقوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بديهه ان العقد لا يكون مشمولا لتلك الآيه إلا باستناده الى المالك لأن مقارنه الجمع بالجمع فى الآيه الكريمه يقتضى ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده اى أوفوا بعقودكم لا ما عقدتهم و من الواضح ان العقد لا يكون عقدا للمالك الا بالاستناد اليه اما بالمباشره كما إذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۳

أوجده بنفسه أو بالتسبيب كما إذا أوجده وكيله أو بالإضافه إليه كما إذا رضى بالعقد الفضولى مع إظهاره ذلك بمظهر خارجى و من الظاهر ان مجرد الرضاء الباطنى بالعقد الصادر من الفضولى أجنبى عن ذلك كله و على الثانى فيكفى فى صحه العقد مطلق الرضاء و إن كان باطنيا و غير منكشف بكاشف و ذلك كالأمثله التاليه.

۱- انه إذا باع الراهن العين المرهونه فإن اعتبار اجازه- المرتهن فى البيع المزبور ليس من ناحيه لزوم استناد العقد اليه بل من ناحيه أن العين وثيقه عنده، فلا يجوز للراهن ان يتصرف فيها بدون اذن المرتهن، فإذا رضى به المرتهن و لو باطنا صح البيع، و بعباره اخرى: ان المناط فى صحه العقد هو كونه مشمولا- للإطلاقات و العمومات الداله على صحه العقود و لزومها و من الظاهر ان المناط المزبور موجود فى بيع الراهن غايه الأمر ان التصرف فى العين المرهونه موقوف برضاء المرتهن فإذا

رضى بذلك لم يكن هناك مانع عن التصرف أيضا.

۲- بيع المفلس فإنه مستند اليه و مشمول للعمومات الا ان المبيع متعلق لحق الغرماء فتعتبر إذنهم فى ذلك من هذه الناحيه ۳- العقد على بنت الأخ و بنت الأخت فإن صحه ذلك موقوفه على إجازه العمه و الخاله لا من جهه عدم استناد العقد الى الزوجين إلا بإذنهما بل من جهه أخرى.

۴- عقد العبد لغير سيده و بدون اذنه نكاحا كان أو غير نكاح فان احتياجه إلى إجازه السيد ليس من ناحيه كون العقد عقدا للسيد و هو لا يتحقق إلا بإجازته بل من جهه انه ليس للعبد الاستقلال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۴

فى التصرف فى قبال سيده.

۵- الوصيه بما زاد على الثلث فإنها تحتاج إلى اجازه الورثه لكن لا من جهه عدم استنادها الى الموصى بل لأجل نفوذ الوصيه ۶- عقد الباكره بدون اذن وليها بناء على اعتبار اذنه فى ذلك فان اعتباره فيه من جهه النفوذ لا من جهه الاستناد.

و على الجمله ان فى كل مورد كانت الإجازه لأجل استناد العقد الى من له العقد بحيث يكون العقد عقدا و تشمله العمومات لا يكفى فيها الرضاء الباطنى، و فى كل مورد كانت الإجازه لأجل نفوذ العقد لا للجهه المزبوره يكفى فيها الرضاء الباطنى لأنه يكفى فى النفوذ و لا دليل على إظهاره بمظهر خارجى، و هذا بخلاف الاستناد الى المالك فإنه ما لم يظهر فى الخارج لا يصدق على ما أوجده الفضولى انه عقد للمالك، و لا انه بيعه و لا انه تجارته و يتضح ذلك وضوحا بمراجعه العرف و اللغه، و اذن فلا يتم ما ذكره المصنف على وجه الإطلاق و

لا ما ذكره شيخنا الأستاذ (و أظن ان كلام المصنف لا ينافى التفصيل المذكور لانه ذكر فى آخر كلامه (ثمّ انه لو أشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد إلخ) خصوصا إذا حمل ما ذكره على المثال و ان كان الحمل عليه بعيدا من ناحيه التعليل فى كلامه بقوله لعدم تحقق المعصيه.

فما ذكره شيخنا الأستاذ من: (ان الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائيه و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من إيجادهما إما باللفظ أو بالفعل)، انما يتم فى الاستناد فقط لا فى التنفيذ كما عرفته قريبا و قد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما أفاد شيخنا الأستاذ فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۵

أخر كلامه من انه ثبت من الأدله الخارجيه عدم استقلال العبد و الراهن و الباكره و كل من كان من قبيل هذه الطوائف الثلاث فى عقودهم و لا يخرجون عن الاستقلال بمجرد رضاء ذى الحق فإن به لا يسند العقد اليه. ثم انه ربما يستدل على كفايه الاقتران بالرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضوليه بصحيحه محمد بن مسلم [۱] و روايه الحميرى [۲] فإنهما تدلان على حصر الشراء الصحيح برضاء المالك فيستفاد منهما

---

[۱] عن ابى جعفر عليه السلام قال: سألته عن شراء أهل الذمه فقال لا بأس بها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدى عنها كما يؤدون قال: و سألته عن رجل من أهل النيل عن ارض- اشتراها بفم النيل و أهل الأرض يقولون هى أرضهم و أهل الأستان يقولون هى من أرضنا قال لا تشترها الا برضا أهلها صحيحه الوافى ج ۱۰ ص ۱۳۳ قال فى الوافى الأستان بالضم اربع كور ببغداد و فى

أقرب الموارد: الكوره بالضم المدينه و الصقع و فى المفردات: و قيل لكل مصر كوره و هى البقعه التى يجتمع فيها قرى و محال ج كور و قد ذكرنا سابقا ما هو المراد من النيل فى- ج ٣ ص ١٨٠

[٢] ٢- انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض أصحابنا له ضيعه جديده بجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصه و أكرته ربما زرعوا و تنازعوا فى حدودها و تؤذنهم عمال السلطان و تتعرض فى الكل من غلات ضيعته و ليس لها قيمه لخرابها و انما هى بائره منذ عشرين سنه و هو يتحرج من شرائها لأنه يقال ان هذه الحصه من هذه الضيعه كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فان جاز شرائها من السلطان كان ذلك صونا و صلاحا له و عماره لضيعته و انه يزع هذه من القريه البائره يفضل ما ضيعته العامره و يتحم عن طمع أولياء السلطان و ان لم يجز ذلك عمل بما تأمره إنشاء اللّه فأجابه الضيعه لا يجوز ابتياعها الا عن مالكها أو بأمره أو رضاء منه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۶

ان المناط فى صحه البيع انما هو مجرد الرضاء و ان لم يبرز فى الخارج و لكن يتوجه عليه انه لا يستفاد من أمثال هذه التراكيب الا كون المستثنى شرطا فيما يقع بعد كلمه (لا) كقوله عليه السلام لا صلاه إلا بطهور لا ان حقيقه مدخول كلمه (لا) منحصره بالمستثنى و عليه فيدل الخبران على اعتبار الرضاء لا على كفايته على وجه الإطلاق، فيكون شأنهما شأن بقيه الأدله الداله على اعتبار الرضاء فى العقود و الإيقاعات على انه يمكن ان تحمل الروايتان على الرضاء بمعنى الاختيار

الذی یقابل الکراهه و قد تقدم اعتباره فی العقود و الإیقاعات

قوله ثم اعلم ان الفضولی قد یبیع للمالک.

أقول

یقع البحث هنا فی مسائل ثلاث:

اشاره

الاولی: ان یبیع الفضولی للمالک.

الثانیه: ان یبیع له مع سبق المنع عنه.

الثالثه: ان یبیع لنفسه کبیع الغاصب.

أما المسأله الاولی [ان یبیع الفضولی للمالک]

اشاره

فیقع البحث فیها من جهه انه هل یعتبر فی صحه العقود صدور إنشائها من المالک بالمباشره أو ممن یقوم مقامه کالوکیل و المأذون أم لا یعتبر فی صحتها ذلک؟ بل المناط فی صحه العقود هو استنادها الی من له العقد، و من الظاهر ان هذا المعنی کما یتحقق بالمباشره و التسبیب کذلک یتحقق بالإجازه اللاحقه أیضا.

و لا یخفی علیک انا إذا قلنا بصحه العقد الفضولی فی هذه المسأله، فیقع الکلام فی صحته و فساده فی المسألتین الآتیتین و إذا قلنا بفساده هنا فلا شبهه بفساده فی المسألتین الآتیتین لان

ما یبحث عنه فی المسأله الاولی هو المتیقن من العقد الفضولی فإذا حکم بفساده حکم بفساد ما یبحث عنه فی المسألتین الآتیتین بالأولویه القطعیه.

ثم انه وقع الکلام فی صحته و فساده فالمحکی عن الأکثر هو صحته- کالمقنعه و النهایه و الوسیله و الشرائع و النافع و کشف الرموز و العلامه فی جمله من کتبه و حواشی الشهید و مسائله و الدروس و اللمعه و جامع المقاصد و التنقیح و تعلیق الإرشاد و إیضاح النافع و المیسیه و الروضه و المسالک و غیرها- و حکی المصنف عن غایه المراد حکایه القول بالصحه عن جمع من المذکورین و غیرهم ثم قال: و استقر علیه رأی من تأخر عدا فخر الدین و بعض متأخری المتأخرین- کالأردبیلی و السید الداماد

و بعض متأخر المحدثين- و قال فى التذكره: مسأله يشترط ان يكون البائع مالكا أو من له ولايه كالأب و الجد له و الحاكم و امينه و

الوكيل فلو باع الفضولى صح و وقف على اجازه المالك و به قال مالك و إسحاق و أبو حنيفه و الشافعى فى القديم و احمد فى إحدى الروايتين و قال أبو ثور و ابن المنذر و الشافعى فى الجديد و احمد فى الروايه الأخرى يبطل البيع و هو قول لنا و قال- بعد أسطر-: لو اشترى فضوليا فان كان بعين مال الغير فالخلاف فى البطلان و الوقف على الإجازه الا أن أبا حنيفه، قال: يقع للمشترى بكل حال و ان كان فى الذمه لغيره و أطلق اللفظ قال: علماؤنا يقف على الإجازه إلخ و عن الحدائق: ان القول بالصحه كاد يكون إجماعا و ذهب جمع أخر إلى فساده فعن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۸

المبسوط من باع مالا يملك كان البيع باطلا و فى الخلاف ج ۱ ص ۲۲۲: إذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا و به قال الشافعى و قال أبو حنيفه ينعقد البيع و يقف على اجازه صاحبه و به قال قوم من أصحابنا دليلنا إجماع الفرقه و من خالف منهم لا يعتد بقوله و لانه ممنوع من التصرف فى ملك غيره و البيع و عن الغنيه نحوه من الصراحه و حكى القول بالبطلان أيضا عن الإيضاح و اختاره فى الحدائق و أطنب فيه الكلام و لكنه لم يأت بشى ء تركن اليه النفس و يطمئن به القلب و ذكر جمله من النصوص محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها و ستأتى الإشاره إليها و الى عدم دلالتها على ما يرومه بل دلاله بعضها على خلاف مقصوده و فى شرح فتح القدير ج ۵ ص ۳۰۹: و من

باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخياران شاء أجاز البيع و ان شاء فسخ و هو قول مالك و احمد و قال الشافعي: لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولايه شرعيه لأنها بالمالك أو بإذن المالك و قد فقدا و لا انعقاد إلا بالقدره الشرعيه و صار كبيع الآبق و الطير فى الهواء فى عدم القدره على التسليم و فى الفقه على المذاهب الأربع ج ٢ ص ١۶۶- عن الشافعيه-: و من شرائط المعقود عليه ان يكون للعاقد عليه ولايه فلا يصح بيع الفضولى و فى ص ٢۴٠- عن الحنيفه-: امّا بيع ملك الغير بوكاله منه فإنه صحيح نافذ و بيعه بدون وكاله فهو صحيح موقوف على اجازه المالك و هذا هو بيع الفضولى و فى ص ٢٢۴: و اما الموقوف و هو بيع ما يتعلق به حق للغير فإنه من أقسام الصحيح و انه ينعقد بدون ان يتوقف على القبض و فى ص ١۶٨: و من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ١٩

شروط العاقد، ان يكون مالكا أو وكيلا عن مالك فلا يلزم بيع الفضولى و فى شرح العنايه بهامش شرح فتح القدير ج ۵ ص ٣١٩: و من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع و ان شاء فسخ و هو مذهب مالك و احمد فى روايه و قال الشافعى فى الجديد و هو روايه عن احمد لم ينعقد.

و هنا قول ثالث و هو صحه البيع و بطلان الشراء و هو القول الأخر للشيخ فى الخلاف قال فى كتاب النكاح: لو اشترى لغيره بغير اذنه لم يقف على أجازته و كان باطلا ثم قال: و عندنا ان البيع يقف

على اجازه مالكه.

و فى المسأله وجهان آخران: أحدهما انه ان وثق برضاء المالك فأجاز صح و الا فلا. ثانيهما: انه ان لم يسبق منه منع و لم يظهر كراهه صح و إلا بطل.

و قد استدل على القول بصحه البيع الفضولى مع توقفه على الإجازه بوجوه:

الأول العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها

و بيان ذلك انه لا شبهه فى ان صدق عنوان العقد أو- التجاره عن تراض أو البيع أو صدق اى اسم من اسما أيّه معامله كانت لا يتوقف على مباشره المالك بنفسه للعقد، بل يكفى فى ذلك النيابه بأن يكون المباشر لذلك غير المالك غايه الأمر لا بد و ان تكون هذه المباشره بإذن المالك لكن يكون ذلك سببا لانتساب العقد الصادر من المباشر الى المالك، و من المعلوم أن انتساب العقد الى المالك كما يتحقق بمباشره نفس المالك أو بمباشره غيره مع الاذن منه كذلك يتحقق بالإجازه اللاحقه من المالك و حينئذ فيصدق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۰

على العقد الصادر من الفضولى انه عقد للمالك أو تجارته أو بيعه و اذن فيكون ذلك مشمولا للعمومات و المطلقات المزبوره و بتعبير آخر انا ذكرنا فيما سبق ان المراد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أوفوا بعقودكم لا- ما عقدتم و المراد من أحل اللّه البيع هو حليه بيوعكم و المراد من التجاره عن تراض ما يصدق عليه هذا العنوان و جميع هذه العناوين لا يتحقق فى الخارج الا بالاستناد الى المالك، و من الظاهر انها تستند إليه بالإجازه كاستنادها اليه بالمباشره أو بالإذن فتشملها العمومات غايه الأمر انا نشك فى اعتبار مباشره المالك شرعا أو اقتران رضاؤه بالعقد أو وجود الاذن السابق على العقد فحيث ان كل ذلك تقييد للمطلقات أو تخصيص للعمومات بغير مخصص و مقيد فندفعه بأصاله الإطلاق أو العموم

و هذا هو مراد المصنف (ره)

من الأصل

فی المقام لا أصاله البراءه و ان احتمله- بعیدا- المحقق الایروانی بناء علی جریان البراءه فی الأسباب و الأوضاع.

و قد یتوهم ان التمسک بالعمومات هنا یتوقف علی حصول اضافه عقد الفضولی إلی المالک بالإجازه اللاحقه لکن الإضافه لا تحصل بذلک بعد وضوح ان المراد من عقودکم العقود الصادره منکم، و لو بالتسبیب لا العقود المنتسبه إلیکم بایه نسبه کانت و لو نسبه کونها مجازه لکم و من المعلوم ان عقد الغیر لا یصیر عقدا صادرا من شخصی بإجازته له.

و لکن هذا التوهم فاسد إذ لا فارق فی انتساب العقد من الأجنبی إلی المالک بین الاذن السابق و الإجازه اللاحقه فکما ان الاذن السابق کاف فی صحه العقد و استناده الیه کذلک الإجازه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۱

اللاحقه لأنهما متساویان فی حصول الرضاء الذی هو الأصل فی ذلک و قد اتضح لک مما بیناه فساد ما نوقش به فی التمسک بالعمومات علی صحه العقد الفضولی من ان المخاطب بتلک العمومات اما العاقد الفضولی أو الملک أو غیرهما و لا سبیل الی کل منهما اما العاقد الفضول فلعدم وجوب الوفاء علیه بعقده قطعا و هذا واضح، و اما المالک فقبل أجازته کذلک و الا لوجبت علیه الإجازه و أما بعدها فهو مجیز لا عاقد، و وجه الوضوح هو ما ذکرنا قریبا من ان معنی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أوفوا بعقودکم لا ما عقدتم و قد عرفت ان العقد الصادر من الفضولی یکون عقدا للمالک بالإجازه اللاحقه و یستند الیه استنادا تاما، فیکون مشمولا للعمومات من حین الإجازه لا من حین العقد فزمان الإجازه هو زمان شمول العمومات للعقد الفضولی.

و من

هنا ظهر لک ما فی کلام المحقق الایروانی من الغرابه حیث قال: (ان التمسک بالعموم بعد الإجازه مبنی علی ثبوت عموم أزمانی فی العمومات و لیس له وجود و قد اعترف به المصنف ره فی خیار الغبن)، و وجه الظهور هو ان المصنف لم یدع شمول- العمومات للعقد الفضولی من حین العقد ثم خروجه عنها الی زمان الإجازه بالمخصص لکی یکون التمسک بها بعد الإجازه محتاجا الی ثبوت العموم الأزمانی للعمومات، بل غرضه هو ما ذکرناه من أن زمان الإجازه انما هو أول زمان صار العقد الفضولی مصداقا للعمومات الداله علی صحه العقود.

ثم انه یمکن أن یرجع الی ما ذکرناه استدلال جمع من الفقهاء- کما عن المختلف و غیره- علی صحه البیع الفضولی بأنه عقل صدر

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۲

من أهله فی محله، بداهه ان کون العاقد أهلا- للعقد من حیث کونه بالغا عاقلا- مع کون المبیع قابلا- للبیع لا یثبتان الصحه إلا بضمیمه مقدمه أخری ثابته بالعمومات بان یقال ان العقد الفضولی عقد صدر من أهله فی محله و کل ما صدر من أهله فی محله صحیح شرعا للعمومات و المطلقات.

و ان أبیت عن کون مرادهم ذلک لتوجه علیهم مما عن الشهید فی غایه المراد: من کونه مصادره ضروره ان تحقق الأهلیه التامه عین الدعوی و جعلها دلیلا علی المدعی صرف مصادره و لا یمکن دفعها الا بما کرناه و اذن فلا وجه لما ذکره شیخنا المحقق من ان اشتراط تأثیر العقد بالرضاء لا ربط له بأهلیه العاقد و لا بکون المبیع قابلا لوقوع العقد علیه بل أهلیه العاقد بما هو عاقد منوطه بکونه عاقلا عقلا، و بکونه بالغا شرعا، و

قبول المحل منوط بكونه ممـا يتمول و مما يملك، فلا قصور فى العاقـد، و لا فيما وقع عليه العقـد، و المفروض حصول الإجازه الكاشـفه عن الرضـاء و المحققه للانتساب، فلا مصادره و كون المبيع للغير لا يسـقط العاقـد بما هو عاقـد عن أهليه العاقـديه و لا المحل عن قبول وقوع العقد عليه، فما افاده المصـنف فى توجيه المصادره و أجاب عنها بإثباتها بالعموم خال عن الوجه، و الوجه فى ذلـك هو ان مجرد كون العاقـد عاقلاـ بالغـا، و كون المحل مما يتمول، و حصول الرضاء بالإجازه اللاحقه الكاشـفه، لا يثبت صحه العقد لاحتمال اشتراط العقد بمقارنه الرضاء أو سـبق الإذن فإنه مع هذا الاحتمال لا تتم الأهليه التامه للعاقد، فلا يمكن نفيه إلا بأصاله العموم أو الإطلاق و بذلك تثبت الأهليه التامه للعاقد.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۳

و قد تحصل مما قدمناه ان عقد الفضولى صـحيح على القاعده بمقتضى العمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و لزومها و عليه، فلا نحتاج الى الاسـتدلال على صـحته و نفوذه بالأدله الخاصه إلا لمزيـد الوضوح و من جهه التأييـد و عليه فلو ناقشـنا فى الأدله الخاصه اما من حيث السند أو من حيث الدلاله فلا يضر هذه المناقشه بصحه عقد الفضولى و نفوذه بوجه.

الوجه الثانى روايه عروه [1]

و وجه الاسـتدلال هو ان عروه قـد باع احدى الشاتين بدينار من غير إذن النبى (ص) و أقره (ص) و أظهر رضائه بذلك و دعا له فلو كـان البيع الفضولى باطلاـ لم يقرره النبى (ص) بـل كـان عليه (ص) زجر عروه و الأـمر برد الـدينار و أخـذه الشاه أو تجـديد المعامله بعد تحصيل الاذن من النبى (ص) مع انه ص لم- بفعل

شيئا من ذلك، هذا ما يرجع الى الاستدلال بالروايه من ناحيه بيع عروه احدى الشائين بدينار و اما شراؤه الشاتين بدينار مع انه كان مأذونا فى شراء شاه بدينار الظاهره فى الشاه لواحده فذكر المصنف

---

[١] (فله روايتان قد تقدمت إحداهما و اما الأخرى فهى انه ان رسول اللّه ص بعث معه بدينار يشترى له أضحيه و قال مره أو شاه فاشترى له اثنتين فباع واحده بدينار و أتاه بالأخرى فدعا له بالبركه فى بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه مسند احمد ج ۴ المطبوع بمصر و بهامشه منتخب كنزل العمال فى سنن الأقوال و الافعال ص ۳۷۵ و عن حكيم بن حزام ان النبى ص بعث معه بدينار يشترى له أضحيه فاشتراها بدينار و باعها بدينارين فرجع فاشترى أضحيه- بدينار و جاء بدينار إلى النبى ص فتصدق به النبى ص و دعا ان يبارك له فى تجارته البحار ج ۲۳ ص ۳۴.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۴

(ره) انه يمكن توجيه شرائه على وجه يخرج عن الفضوليه، و لكن لم يبين الوجه فى ذلك و لعل نظره فى ذلك الى ان قول النبى (ص) لعروه اشتر به شاه يمكن ان يراد به كون الشراء الشاه الواحده بدينار، و يمكن ان يراد به كون شراء جنس الشاه بدينار و على الثانى فلا شبهه فى عدم كون الشراء فضوليا لأن المأذون به يشمل الواحد و الاثنين و على الأول فإن كان الظاهر فى بادى النظر هو كون الشراء فضوليا أيضا و لكنه خارج عن ذلك جزما لان الشخص إذا كان مأذونا فى شراء شاه واحده بدينار فيكون مأذونا فى شراء شاتين بدينار بالأولويه القطعيه، و

علیه فأذن النبی (ص) لعروه فی شراء الشاه الواحده بدینار اذن له فی شراء شاتین أیضا بدینار، فیکون الشراء خارجا عن الفضولیه علی کل حال.

و قد ناقش المصنف فی الاستدلال بالروایه المزبوره علی صحه البیع الفضولی: بان

ذلک متوقف علی دخول المعامله المقرونه برضاء المالک فی بیع الفضولی، و قد عرفت انها خارجه عنه، و بیان ذلک أن عروه کان عالما ظاهرا برضاء النبی (ص) بما فعله من البیع و الا لما اقبض المبیع و لم یقبض الثمن لان ذلک تصرف فی مال غیره بدون رضاه و هو حرام عقلا و نقلا، و علیه فلا بد اما من الالتزام بأن عروه فعل الحرام بقبضه الثمن و إقباضه المثمن، و هو مناف لتقریر النبی (ص) و تبریکه (ص)، و اما من القول بجواز التصرف قبل الإجازه مع العلم بتعقبه لها.

و سیأتی ضعفه و اذن، فیدور الأمر بین القول بخروج المعامله المقرونه برضاء المالک عن الفضولیه، و بین القول بعلم عروه برضاء

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۵

النبی (ص) بإقباضه ماله للمشتری حتی یستأذن من النبی (ص) مع علم المشتری بکون البیع فضولیا حتی یکون دفعه الثمن إلی البائع علی وجه الامانه و الا فلا یستحق الفضولی قبض المال لعدم کونه مالکا و لا وکیلا عنه و لکن الظاهر هو الوجه الأول أعنی به خروج البیع الصادر من عروه عن المعامله الفضولیه إذ من المستبعد جدا علم المشتری بکون بیع عروه فضولیا، و یتضح ذلک بملاحظه ان الظاهر هو عدم کون المعامله فضولیه فی مورد الروایه، بل وقعت بعنوان المعاطاه لأنها وقعت بین النبی (ص) و بین مشتری الشاه و یکون عروه آله محضا فی إیصال العوضین

و قد عرفت فی مبحث البیع- المعاطاتی انه یکفی فی صحه المعاطاه مجرد رضا المالکین بالنقل و الانتقال مع وصول العوضین الی کل من المتعاطیین و لو کان الوصول بإطاره ریح أو بفعل صبیی أو بواسطه حیوان و من الظاهر انه یتسامح فی المعاطاه بما لا یتسامح به فی العقود اللفظیه.

و یرد علی ما ذکره المصنف أولا: ما ذکرناه أنفا من أن اقتران العقد الصادر من الأجنبی بالرضا الباطنی من المالک لا یخرجه عن الفضولیه.

و ثانیا: ان کون الصادر من عروه فضولیا أو مندرجا تحت الکبری المتقدمه متوقف علی عدم کونه وکیلا مطلقا و مفوضا من النبی (ص) فی أمر شراء الشاه أو مطلقا الذی سمّی فی لغه فارس بکلمه (وکیل خرج) و من المحتمل ان یکون هو کذلک و علیه، فلا یمکن الاستدلال بالروایه علی صحه بیع الفضولی إذ لا قرنیه فی الروایه و لا من الخارج علی کون البیع الصادر من عروه فضولیا.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۶

و علی الجمله ان ما صدر من عروه قضیت شخصیه واقعه فی مورد خاص و لم یعلم جهتها فلا یمکن الاستدلال بها علی صحه البیع الفضولی و ان أصرّ علیه جمع من الفقهاء و لا حملها علی الکبری المتقدمه و ثالثا: ان تحقق القبض و الإقباض بین عروه و بین المشتری لا یکون قرینه علی عدم کون البیع الواقع بینهما فضولا بدعوی انه لو کان فضولیا لکان التصرف فی الثمن و المثمن بالقبض و الإقباض حراما و ذلک لما ذکرناه أنفا من عدم الملازمه بین کون البیع فضولیا و بین حرمه التصرف فی الثمن أو المثمن، ضروره ان العلم بالرضا الباطنی للمالک یفید جواز التصرف

تکلیفا لا جوازه وضعا.

و رابعا: انا لو سلمنا صحه المعاطاه الفضولیه لکن لا نسلم کون فعل عروه ظاهرا فی المعاطاه لعدم القرینه علی ذلک.

و دعوی ان القرینه علی ذلک هو ان الغالب المعتاد فی أمثال ذلک هو البناء علی المعاطاه، دعوی جزافیه، لأنا لو سلمنا وجود الغلبه و لکنها لا تفید الا الظن و هو لا یغنی من الحق شیئا و من هنا ذکر السید فی حاشیته بقوله: لم افهم هذه الدعوی و لم أدر من این هذا الظهور.

و خامسا: انا ذکرنا فی الجزء الثانی ان الأمثله التی ذکروها لتحقق المعاطاه بمجرد إیصال العوضین الی کل من المالکین غیر ظاهره فی ذلک بل هی من أمثله المعاطاه المتعارفه راجع ج ۲ ص ۱۶۹.

و سادسا: ما ذکره المحقق الایروانی و إلیک نصه ان هنا خلط بین الرضا الکافی فی المعاطاه و الرضا الحاصل فی المقام فان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۷

الرضا الکافی فی المعاطاه عن القصد إلی إنشاء البیع بإیصال المبیع بأی وجه اتفق و بواسطه أی حامل کان و الرضا الموجود فی المقام هو الرضا بالبیع من أی بائع تحقق بلا قصد إلی إیجاد البیع فی الخارج.

و یضاف الی جمیع ما ذکرناه ان الروایه ضعیفه السند و قد عرفته قریبا.

الوجه الثالث: صحیحه محمد بن قیس

اشاره

عن ابی جعفر (ع) قال قضی أمیر المؤمنین [۱] لأن قوله علیه السلام فیها فی معالجه فک الولد بعد المناشده: خذ ابنه حتی ینفذ لک البیع ظاهر فی نفوذ البیع الفضولی بالإجازه اللاحقه إذ لو کانت الإجازه فاسده و غیر مؤثره فی العبد الفضولی لما أمر الإمام علیه السلام بحبس الابن حتی یجیز الأب بیعه، فیعلم من ذلک ان اجازه بیع الفضولی تؤثر

فی صحتها.

و قد نوقش فی الاستدلال بها علی ذلک من وجوه شتی:

اشاره

---

[۱] عن ابی جعفر علیه السلام قال قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی ولیده باعها ابن سیدها و أبوه غائب فاستولدها الذی اشتراها فولدت منه غلاما ثم جاء سیدها الأول فخاصم سیدها الأخر فقال ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی فقال الحکم ان یأخذ ولیدته و ابنها فناشده الذی اشتراها فقال له خذ ابنه الذی باعک الولیده حتی ینقد (فی یب ینفذ) لک البیع فلما أخذه قال له أبوه أرسل ابنی قال لا و الله لا أرسل إلیک ابنک حتی ترسل ابنی فلما رأی ذلک سید الولیده أجاز بیع ابنه صحیحه الکافی ج ۵ ص ۲۱۱ و التهذیب ج ۲ ص ۱۳۸ و ۲۵۰ و الاستبصار ج ۳ من طبعه النجف ص ۸۵ و الفقیه ج ۳ من طبعه النجف ص ۱۴۰.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۸

المناقشه الاولی: ان القائلین بصحه عقد الفضولی قد التزموا بصحه التأهلیه

و بقائه علی حاله موقوفا علی اجازه المالک فان اجازه لزم و ان فسخه انفسخ و إذا انفسخ لم تؤثر فیه الإجازه إجماعا مع ان الصحیحه ظاهره فی نفوذ الإجازه بعد الرد من نواحی شتی:

۱- قوله: الحکم ان تأخذ الولیده و ابنها فان هذا الحکم لا یصح الا بعد الرد.

۲- قول السائل: ثم جاء سیدها الأول فخاصم سیدها الأخر فقال: ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی و من الظاهر ان المخاصمه ظاهره فی الرد، إذ لولاه لما وقعت المخاصمه بین السید الأول و السید الثانی بل کانت الولیده و ابنها للسید الثانی من دون ان تکون هناک مخاصمه و مرافعه.

۳- مناشده المشتری للإمام علیه السلام و الحاجه إلیه فی علاج فکاک ولده، و من الواضح انه لو لم یکن البیع مردودا من قبل السید الأول: لم یکن وجه لهذه

المناشده و الحاجه إليها.

۴- قول الامام عليه السلام- فى مقام تعليم علاج فك الولد للمشترى-: خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع إذ لو لم يكن البيع مردودا لم يبق طريق للسيد الأول إلى أخذ الوليده و ابنها فهذه القطعه من الروايه صريحه فى أخذ السيد الأول ابن الوليده و أخذ الابن ظاهر فى رد البيع من حيث ان أخذ الابن لأجل كونه نماء للوليده التى هى مملوكه له.

فتحصل ان الروايه ظاهره فيما هو مخالف للإجماع و اذن فلا بد اما من طرحها و إرجاع علمها إلى أهلها، و اما من رفع اليد عن-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۹

ظهور كون الإجازه بعد الرد أو يراد من الإجازه البيع الجديد أو حملها على ما ذكره المحدث الكبير العلامه المجلسى (ره) فى مرآت العقول ص ۴۰۷ ج ۳ قال: (الظاهر ان هذا من حيله التى كان يتوسل بها الى ظهور ما هو الواقع) و لا بأس بتعليم هذه الحيله لكشف الواقع خصوصا مع علم الحاكم بالواقع و اقتضاء المصلحه لذلك مثل ان عليا عليه السلام كان عالما- فى مورد الروايه- بكون الابن وكيلا فى بيع وليده أبيه و أنكر الأب وكاله ابنه و ادعى عدم الاذن فى ذلك فاحتال على عليه السلام حيله لكى يصل بها الحق الى صاحبه أو تحمل الصحيحه على غير ذلك من المحامل.

و على الجمله ان ما هو مسلم عند القائلين بصحه العقد الفضولى و هو عدم كون الإجازه مسبوقا بالرد، فالروايه أجنبيه عنه و ما اشتملت عليه الروايه من تأثير الإجازه بعد الرد مخالف للإجماع و ان التزم السيد بظاهرها و قال: (فالإنصاف ان الروايه لا مانع من العمل

بهـا و تكون دليلاـ على صـحه الإجازه حتى بعـد الرد)، و لكن الظاهر انه لا إشـعار فى الروايه بكون الإجازه بعـد الرد فضـلا عن الدلاله عليه اما قوله عليه السـلام الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فلا دلاله فيه على ما يرومه الخصم، و ذلک لان الروايه خاليه عن تعرض المالک لفسـخ العقـد أو إمضائه بل غايه ما يظهر منها هو عـدم رضاه بإقباض ابنه و لـذا استرد الوليده و ابنها و من الظاهر انه يجوز للمالـک قبـل اجـازه العقـد الفضولى ان يتصـرف فى المـبيع حـتى على القول بـالكشف غـايه الأـمر أنه إذا أجـاز العقد الفضولى انكشف بطلان تصرفه لا انه لا يجوز تصرفه فى ماله تكليفا قبل الإجازه و لا شبهه فى ان تصرفه هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۰

قبـل الإجازه لا يكشف عن رد البيع بل يمكن ان يكون ذلک من جهه تردده بين الفسـخ و الإمضاء و لا يشترط فى تأثير الإجازه وقوعها عقيب عرض البيع على المالک من دون أن يفصل بينهما: التردد بين الفسخ و الإمضاء أو التوقف فى ذلک، بل العبره فى تأثير الإجازه بكونها قبل الفسخ و يدل على ما ذكرناه ما ذهب إليه الأصـحاب من الحكم بصحه إجازه المكره بعد زوال إكراهه، فيعلم من ذلک ان الكراهه الباطنيه لا توجب فسخ المعامله فضلا عن التردد بين الفسخ و الإمضاء اما مناشده المشترى للإمام عليه السـلام فى فكاک ولـده فلا تـدل أيضا على ان المالک قـد رد البيع و أخذ ابن الوليده لكونه مملوكا له لان الولد لا يملک على تقديرى الإجازه و الفسخ لكونه حرّا كما سيأتى بل المناشده من حيث ان المشترى طلب من

الامام علیه السلام علاجا لفک الولد و اجازه البیع فعلمه الامام (ع) طریقا لذلک و هو قوله (ع) أخذ ابنه الذی باعک الولیده حتی ینفذ لک البیع.

و من هنا اتضح لک انه لا دلاله فی قول المشتری: حتی ترسل ابنی علی تحقق الرد قبل الإجازه نعم له ظهور فی عدم الإجازه و هو أعم من الرد کما اتضح لک انه لا دلاله فی قوله (ع):

خذ ابنه إلی. أخره علی تحقق الرد قبل الإجازه بل هو طریق علّمه الامام (ع) للمشتری لکی یتشبث به فی فکاک ولده اجازه البیع و اما المخاصمه، فلا دلاله فیها أیضا علی رد البیع غایه الأمر انها تدل علی عدم رضا المالک بالبیع و عدم اذنه فیه و هذا ظاهر.

و علی الجمله انه لا دلاله فی شی ء من الوجوه المتقدمه علی تحقق الرد قبل الإجازه بل هی أعم منه و من التردد بین الإجازه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۱

و الرد أو التوقف فیهما.

المناقشه الثانیه: ان الامام (ع) قد حکم للسید الأول بأخذ الولیده و ابنها مع ان الابن حر لتولده من الشبهه،

اشاره

و ذلک لان المشتری لم یعلم بکون الولیده لغیر البائع إذ لو کان عالما بذلک لکان الوطی حراما و صار الولد رقا لتولده من الزنا فیعلم من ذلک ان المشتری لم یکن عالما بالحال و ان الولد انما تولد من الشبهه و قد حقق فی محله ان ولد الشبهه ملحق بأبیه، فیکون حرا و معه کیف یجوز للسید الأول ان یأخذه.

و قد أجیب عن هذه المناقشه بوجهین

الوجه الأول، انه لا مانع عن کون المشتری عالما بالحال،

و علیه فیکون الولد من الزناء فیصیر رقا للسید الأول لو لا الإجازه.

و یرد علیه انه لو کان الأمر کما ذکر لما حکم الامام علیه السلام بأخذ الابن لانفاذ البیع بل یجب علی المشتری حد الزناء.

الوجه الثانی: ان الولد و ان کان حرا و لکن أخذه السید الأول لاستحصال قیمه یوم الولاده

لأنه و ان لم یکن مالکا للولد لکونه حرا و متولدا من الشبهه و لکن له ان یطالب قیمته یوم الولاده لکونه نماء لمملوکه و هو

الوليده و قد حمل الروايه على هذا الشيخ (ره) فى الاستبصار و إليك لفظه: فالوجه فى هذا الخبر انما يأخذ وليدته و ابنها إذا لم يرد عليه قيمه الولـد فاما إذا بـذل قيمه الولد فلا يجوز أخذ ولد الحر ج ٣ ص ٨٥ و تبعه المحقق التسترى فى مقابسه و جعل هـذا وجه الجمع بين الروايات حيث قال فى خلال كلامه: (و ذكر فى جمله من الاخبار ان للمالك قيمه الولد و فى بعضها

انه رق و الجمع بين الروايات يقتضى جواز حبس الولـد للتوصل إلى أخـذ قيمته و ان لم يجز تملكه) ثم استشـهد على ذلك ببعض الروايات و هـذه الروايات مرويه فى ج ٣ يب ص ٢١٣ و الظاهر انه لا بأس بهـذا الوجه بعـد مساعده الروايات عليه فراجع المقابيس.

و يرد عليه ان المطالب (بالفتح) هنا انما هو المشترى فلو جاز حبس المـديون لاسـتحصال الـدين، فلا بـد و ان يحبس المشترى دون ولده غير المقصر.

و التحقيق أن يجاب عن المناقشه بأنه لا شـبهه فى ظهور الروايه فى صحه بيع الفضولى بالإجازه المتأخره و قد عرفته قريبا غايه الأمر انها اشتملت على حكم آخر لا نعرف سرّه و لا ربط له بجهه الاستدلال و من الظاهر

ان اشتمالها على جهه مجهوله لا يسقطها عن الحجيه من سائر الجهات غير المجهوله.

المناقشه الثالثه: انّه قد حكم الامام عليه السلام للمشترى بأخذ ابن السيد

مع ان ذلک لا یجوز لأن غایه الأمر کونه غاصبا و الغاصب لیس حکمه ذلک.

و أجیب عنه بأنه یمکن ان یکون ذلک لمطالبه المشتری الثمن الذی دفعه الیه و من الظاهر انه لا بأس بحبس المدیون لاستحصال الدین.

و یتوجه علیه ان هذا الحکم و ان کان صحیحا فی نفسه لأن الغرامه المتوجهه علی المشتری متوجهه علی البائع لأنه الذی غرّ المشتری و تسبب لخسرانه و قد دلت النصوص و الفتاوی علی ان المغرور یرجع الی الغار، و لکن هذا الوجه لا یناسب ذیل الروایه أعنی به

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۳

قول المشتری للسید الأول: لا و اللّه لا أرسل إلیک ابنک حتی ترسل ابنی فلما رای ذلک أجاز البیع، فان الظاهر من هذه القطعه من الروایه هو ان حبس المشتری ابن السید الأول لم یکن لأجل استحصال الثمن بل لأجل فکاک ولده.

و التحقیق ان یجاب عن هذه المناقشه أیضا مثل ما أجبنا به عن سابقتها من ان هذا حکم آخر لا نعرف ربطه بجهه الاستدلال من الروایه علی ما نحن فیه.

و یؤید ما ذکرناه ان القضایا التی صدرت من أمیر المؤمنین علیه السلام لم تصل إلینا بجمیع خصوصیاتها الخارجیه الواقعه بین المترافعین و کذلک هذه القضیه التی بین أیدینا فإن غرض الإمام أبی جعفر علیه السلام من نقلها لیس الا بیان ان أمیر المؤمنین علیه السلام قد حکم بان البیع علی مال الغیر قابل للإجازه و لیس غرضه بیان خصوصیات القضیه بأجمعها.

ثم انا لو تنزلنا عما ذکرناه من کون الصحیحه ظاهره فی صحه بیع الفضولی بالإجازه المتأخره و قلنا

بظهورها فى صحته بالإجازه المسبوقه بالرد الذى هو مخالف للإجماع فهل يستفاد منها تأثير اجازه المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا أم لا؟

ذكر المصنف ره

(ان الانصاف ان ظهور الروايه فى أن الإجازه مجديه فى الفضولى مع قطع النظر عن الإجازه الشخصيه فى مورد الروايه غير قابل للإنكار، فلا بد من تأويل ذلک الظاهر لقيام القرينه و هى الإجماع على اشتراط الإجازه بعدم سبق الرد).

و ملخص كلامه ان الصحيحه و ان وردت فى قضيه شخصيه التى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۴

لا- يمكن التعدى منها الى مثلها إجماعا و لكن يمكن ان يستنبط منها تأثير اجازه المالک فى العقد الواقع على ملكه فضولا فى غير مورد الإجماع.

و يتوجه عليه: ان هذا انما يتم فيما إذا كان للروايه عموم أو إطلاق، فان فى مثل ذلک ترفع اليد عن خصوصيه المورد و يؤخذ بالعموم أو الإطلاق و ذلک لان عدم انطباق الكبرى المستفاد من روايه على موردها لا يوجب رفع اليد عن تلک الكبرى بالكليه و نظير ذلک كثير فى الروايات [۱] و اما إذا لم يكن للروايه إطلاق أو عموم- كما فى المقام حيث ان الصحيحه تحكى قضيه شخصيه فى مورد خاص لا نعرف كيفيه وقوعها من جميع الجهات- فلا يمكن التعدى من موردها الى غيره.

---

[۱] منها صحيحه أبى نصر البزنطى عن ابى الحسن (ع) فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما بملک أ يلزمه ذلک فقال لا قال رسول اللّه (ص) وضع عن أمتى ما اكره عليه و ما لم يطيقوا و ما اخطئوا الوسائل ج ۱۶ باب ۱۶ من كتاب الايمان ج ۶ فان هذه الصحيحه و

ان تنطبق على موردها إذ لا يلزم الحلف بالأمور المذكوره فى الروايه فى غير حال الإكراه أيضا عند الإماميه و لكن هذا لا يمتنع عن التمسك بإطلاق حديث الرفع فى غير مورد الروايه و هذا ظاهر و منها موثقه ابن بكير قال سأل زراره أبا عبد اللّه (ع) عن الصلاه فى الثعالب و الفنك و السنجاب إلى أخر الحديث و الى غير ذلك من الروايات.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۵

الوجه الرابع: انه قد دلت النصوص المعتبر و الإجماعات المحكيه على صحه الزواج الفضولى [۱]

و إذا صح الزواج الفضولى صح سائر العقود الفضوليه بالأولويه و ذلك لان الماليات يتسامح فيها بما لا يتسامح به فى الفروج ضروره ان النكاح مبنى على الاحتياط و

---

[۱] عن على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوكه بين رجلين زوجها أحدهما و الأخر غائب هل يجوز النكاح قال إذا كره الغائب لم يجز النكاح، و عن عبيد بن زراره عن ابى عبد اللّه عليه اللام فى عبد بين رجلين زوجه أحدهما و الأخر لا يعلم ثم انه علم بعد ذلك له ان يفرق بينهما قال: للذى لم يعلم و لم يأذن أن يفرق بينهما و ان شاء تركه على نكاحه الوافى ج ۱۲ ص ۸۹ و عن ابن بزيع قال: سأله رجل مات و ترك أخوين و ابنه و الابنه صغيره فعمد أحد الأخوين الوصى فزوج الابنه من ابنه ثم مات أبو الابن المزوج فلما ان مات قال الأخر أخى لم يزوج ابنه فزوج الجاريه من ابنه فقيل للجاريه أىّ الزوجين أحب إليك الأول أو الآخر قالت الآخر ثم ان الأخ الثانى مات و للأخ الأول ابن أكبر من الابن المزوج فقال للجاريه اختارى أيهما أحب

إلیک الزوج الأول أو الزوج الآخر فقال الروایه فیها انها للزوج الآخر و ذلک انها قد کانت أدرکت حین زوجها و لیس لها ان تنقضی ما عقدته بعد إدراکها (یب ج ۷ ص ۳۸۷ الوافی ج ۱۲ ص ۶۷ و فی روایه البقباق إذا زوج الرجل ابنه فذلک إلی أبیه موثقه. الوافی ج ۱۲ ص ۶۵ یب ج ۲ ص ۲۲۴ و رواه الشیخ بسند أخر فی ص ۲۲۵ و عن محمد بن الحسن الأشعری قال کتب بعض بنی عمی الی ابی جعفر الثانی علیه السلم ما تقول فی صبیه زوجها عمها فلما کبرت أبت التزویج فکتب بخطه لا تکره علی ذلک و الأمر أمرها الوافی ج ۱۲ ص ۶۶ یب ج ۲ ص ۲۲۳ و عن الکاهلی عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام انه- سأله رجل زوّجته أمه و هو غائب قال النکاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترک فان ترک المتزوج تزویجه فالمهر لامه الوافی ج ۱۲ ص ۶۸ یب ج ۲ ص ۲۲۴.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۶

فی غیر واحد من الروایات «۱» ما یدل علی شده الاهتمام بأمر النکاح و الاحتیاط فیه و علل ذلک فی بعضها بأنه یکون منه الولد و من الظاهر انه إذا جاز العقد الفضولی فیما کان الاحتیاط فیه أشد جاز فیما کان الاحتیاط فیه أضعف بطریق اولی و قد تمسک بهذا الوجه جماعه من الفقهاء بل قال فی الریاض: (و لعمری انها من أقوی الأدله و لولاها لا شکل المصیر الی هذا القول لحکایه الإجماعین الآتیین-).

و یتوجه علی هذا الوجه ان اهتمام الشارع بأمر النکاح و شده احتیاطه فیه

لا يقتضى الاهتمام بسببه و الاحتياط فيه بل يقتضى ذلك ان يكون سببه أسهل لئلا يقع الناس فى الزنا بسبب التكليف و الضيق مثلا إذا اعتبرت العربيه فى ماده الصيغه و هيئتها و لهجتها كان ذلك سببا لعدم تمكن أكثر الناس من سبب النكاح و يقعون فى الحرام كثيرا، فالاهتمام بأمر النكاح يقتضى عدم الاحتياط فى سببه دون- الاحتياط فيه لكن يعتبر فيه ما لا يعتبر فى سائر العقود من الخصوصيات بل ربما يعتبر فى سائر العقود ما لا يعتبر فى عقد النكاح كالتقابض فى المجلس فإنه معتبر فى الصرف و السلم و لكنه غير معتبر فى عقد النكاح و كثيرا ترى التوسعه فى أسباب النكاح من تشريع المتعه و ملك اليمين و التحليل و جواز الاقتصار فى مقام الاذن بالسكوت و غير ذلك و اذن، فعدم احتياط الشارع فى النكاح بالتوسعه فى أسبابه

---

(۱) ج ۷ يب ص ۶۷ و الوسائل باب ۲ من أبواب الوكاله و روايه أخرى فى ج ۱۶ وافى ص ۵۲ و روايه شعيب الحداد و فى ج ۲ يب ص ۲۴۵.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۷

لا يدل بالفحوى على التوسعه فى أسباب سائر العقود و عليه فلا دلاله فى الروايات الوارده فى صحه عقد النكاح الفضولى مع ضميمه ما دل على شده الاحتياط فى النكاح على صحه سائر العقود الفضوليه لا بالأولويه و لا بغيرها و اذن فلا يمكن التعدى من موارد تلك الاخبار الى غيرها على ان الأولويه ظنيه و الظن لا يغنى من الحق شيئا.

ثم انه ناقش المصنف فى الاستدلال بالفحوى على صحه البيع الفضولى،

و حاصل مناقشته ان الأولويه المزبوره و ان كانت ثابته فى بادى

النظر و لكنها مردوده بالنص الوارد فى الرد على العامه فى فرقهم بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه حيث حكموا بالبطلان فى الأول لأن البضع ليس له عوض و بالصحه فى الثانى لأن المال له عوض و قد وبخهم الامام و قبحهم برمى رأيهم السقيم و زعمهم الواهى الى الجور و الفساد و استذموا و استلاموا على حكمهم هذا حيث قال الامام: ما أجور هذا الحكم و أفسد فإن النكاح اولى و أجدر أن يحتاج فيه لانه الفرج و منه يكون الولد «۱» و عليه، فمقتضى الاحتياط ان الحكم بصحه النكاح الواقع اولى من الحكم بصحه البيع الواقع و اذن فتدل الروايه على كبرى كليه و هى ان الحكم بصحه المعامله الماليه الواقعه فى كل مقام يستلزم الحكم بصحه النكاح بالأولويه دون العكس كما زعمه أهل السنه و الجماعه، و حينئذ فلا يجوز التعدى من صحه النكاح فى مسأله الفضولى إلى صحه البيع لان الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الأصل فى باب

---

(۱) يب ج ۲ ص ۶۷ وسائل باب ۲ من أبواب الوكاله.

الأولويه و الا لم تتحقق الأولويه و اذن فالاستدلال بصحه النكاح على صحه البيع مطابق لحكم العامه من كون النكاح اولى بالبطلان من جهه ان البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

ثم انه ما هو الوجه فى ان الامام (ع) قد جعل الاحتياط فى إبقاء النكاح لا فى إبطاله؟ مستدلا بأنه يكون منه الولد مع ان الأمر فى الاعراض كالأموال دائر بين المحذورين ضروره ان إبقاء النكاح الذى أوقعه الوكيل قبل وصول عزله إليه أحد المحذورين و إبطاله هو المحذور الآخر و عليه

فلا يكون احتياط فى البين.

و لعل الوجه فى ذلك: هو ان المراد من الاحتياط ليس هو معناه المصطلح اى: درك الواقع على كل حال بل المراد منه هنا انما هو الأخذ بالجانب الأهم و بيان ذلك: ان الحكم بإبطال النكاح فى موارد الاشتباه التى منها مورد الروايه أعنى به مسأله عزل الوكيل مع عدم بلوغ الخبر اليه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحه النكاح واقعا فتتزوج المرأه بزوج آخر و حينئذ فتتحقق الزنا بذات البعل و هذا بخلاف ما لو حكم بصحه النكاح و إبقائه فإنه حينئذ لو كان باطلا فى الواقع فلا يلزم منه الا الزنا بغير ذات البعل و من الظاهر ان هذا أهون من الزنا بذات البعل فالإمام عليه السلام قد جعل الأخذ بأخف المحذورين احتياطا فى الموارد المشتبهه من الاعراض انتهى ملخص كلامه.

و التحقيق ان الروايه أجنبيه عما افاده المصنف و ان كلام القوم غير مبنى على الاحتياط لا فى البيع و لا فى النكاح لا من حيث- الفتوى و لا من حيث العمل، بل الروايه ناظره إلى جهه أخرى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۹

غير ما يرومه المصنف و بيان ذلك: ان حكم هؤلاء بصحه البيع مع الجهل بعزل الوكيل و ان كان موافقا للواقع و لكنه حرام لأنهم لم يستندوا فيه الى الاحتياط لكى يجيب عنه الامام (ع) بان النكاح اولى و أجدر بالاحتياط، فيكون أولى بالصحه بل استندوا فى ذلك الى الاستحسان الذى يقتضى الصحه فى البيع و البطلان فى النكاح و لا ريب ان الاستناد الى الاستحسان فى مقام الفتوى حرام لانه، فتوى بلا علم و لا هدى من اللّه و لا كتاب منير، و

من الواضح ان- الفتوى بلا علم حرام بالأدله الأربعه هذا من حيث الفتوى اما من حيث العمل، فلا شبهه فى ان حكمهم بصحه البيع لا- يوافق الواقع دائما حتى موافقا للاحتياط بل البيع مردد بين وقوعه و عدم وقوعه، و حينئذ فأمره دائر بين المحذورين فلا احتياط فى البين و هكذا الحال فى النكاح أيضا طابق النعل بالنعل، ضروره ان حكمهم ببطلانه غير مبنى على الاحتياط بل انما هو مبنى على الاستحسان و عليه فحكمهم ببطلانه حرام لكونه فتوى بلا- علم و انه فى نفسه اما واقع أو غير واقع فيكون فى مقام العمل من صغريات دوران الأمر بين المحذورين لا من موارد الاحتياط، نعم يمكن الاحتياط فى النكاح بأنحاء شتى:

١- طلاق المرأه، لأنها لو كانت مزوجه فى الواقع لبانت عن زوجها و الا أصبح الطلاق لغوا.

٢- اجزاء العقد عليها ثانيا.

٣- الإجازه مع عدم رد المرأه العقد الذى أوقعه الوكيل مع الجهل بالعزل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۰

و اما معنى الخبر فغرض الامام (ع) منه- و اللّه العالم- انما هو الرد على هؤلاء القوم الذين أفتوا بصحه البيع و بطلان النكاح الفضوليين مستندين فى ذلك الى الاستحسان و بيان ذلك ان هؤلاء قد- وضعوا أمر الدين أصولا و فروعا فى غير محله و لم يرجعوه إلى اهله و لم يستندوا فيه الى آيه صريحه و لا سنه معتبره و لا عقل سليم بل استبدوا بآرائهم الواهيه و عقولهم الناقصه و انقطعوا بذلك عن العتره الطاهره و استظهروا بالمعصيه على الطاعه و بالفرقه على الاجتماع و بالشتات على الألفه و بالباطل على الحق و استبدوا العمى من الرشد و الذل من العز حتى تمزق الاجتماع

و تفرق المسلمون مثل أيادى سبا و طلعت الشمس من غير محلها فضلوا و أضلوا فذلك هو الخسران المبين مع ان النزول على حكم الأدله و البراهين و التعبد بسنه سيد المرسلين قد أخذ الأعناق إلى الأخذ بمذهب الأئمه الطاهرين و الانقطاع إليهم فى فروع الدين و عقائده و أصول الفقه و قواعده و معارف السنه و الكتاب و علوم الأخلاق و السلوك و الآداب فالإمام (ع) قد رد على هؤلاء حيث لم يحتاطوا فى الماليات و أفتوا بصحه البيع الفضولى و استندوا فى رأيهم هذا الى الاستحسان و لم يرجعوا فيه الى اهله و لم يمتنعوا عن الحكم فيه و ان كان رأيهم موافقا للواقع و لم يحتاطوا فى الاعراض أيضا حيث أفتوا ببطلان النكاح الفضولى مع ان النكاح من مهمات ما يتوقف عليه نظام الدين و الدنيا و كان الاحتياط فيه أجدر و أحرى لأن تركه ربما يوجب التفريق بين الزوجين و الزنا بذات البعل و يكون ذلك وسيله إلى تولد الفراعنه و الجباره فيفسدون فى الأرض و يسفكون الدماء و قد أشار الإمام عليه السلام

الى خطائهم و بطلان استحسانهم بقوله عليه السلام ما أجور هذا الحكم و أفسد فإن النكاح اولى و أجدر أن يحتاط فيه.

و على الجمله ان الامام عليه السلام وبخهم و وجه الإزراء عليهم من جهه إقدامهم على الفتوى بلا دليل شرعى و عدم سكوتهم فيما لا بد من التوقف فيه مع ان الاحتياط كان مقتضيا للسكوت، فقد اتضح لك مما بيناه ان الروايه بعيده عن المعنى الذى ذكره المصنف ثم انه قد يقرر تقريب الفحوى بوجه آخر- كما فى المقابيس و

غیره- و حاصله انه إذا صح تملیک البضع بالإجازه مع انه لا عوض له صح التملیک المال المتضمن للعوض بالأولویه.

و یرد علیه ان عدم مقابلته بالمال لا یدل علی الأولویه المزبوره إذ من المحتمل ان یکون ذلک لاهمیه البضع و یضاف الی ذلک ان البضع أیضا له عوض غایه الأمر انه لا- یلزم ذکره فی العقد بل فی الجواهر (انه لا خلاف فی ان ذکر المهر لیس شرطا فی صحه العقد بل الإجماع بقسمیه علیه مضافا الی ظاهر آیه لا جناح و النّصوص المستفیضه أو المتواتره).

علی ان هذه الأولویه ظنیه لأن مصالح الأحکام خفیه و من الظاهر ان الأدله الظنیه لا تصلح لإثبات الأحکام الشرعیه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۴۲

الوجه الخامس الروایات [۱] الداله علی صحه نکاح العقد الواقع بدون اذن مولاه

اشاره

و قد علل هذا الحکم فی بعضها بأنه لم یعص اللّه و انّما عصی سیده فقد استدل بها علی صحه بیع الفضولی و تقریب ذلک بوجهین:

الأول من ناحیه الفحوی و الأولویه المستفاد من مجموع تلک الاخبار

و بیان ذلک انه إذا صح نکاح العبد الواقع بدون اذن سیده بالإجازه اللاحقه مع کونه فضولیا لتصرفه فی مملوک مولاه و کونه محجورا علیه إذ لا سلطان له فی مقابل سلطنه مولاه صح العقد

---

[۱] عن علی بن جعفر عن أخیه علیه السلام: انه أتاه رجل بعبده فقال: ان عبدی تزوج بغیر اذنی فقال علیه السلام: فرق بینهما فقال السید لعبده: یا عدوا للّه طلق فقال (ع) کیف قلت له قال: قلت له: طلق فقال للعبد أما الان فإن شئت فأمسک حیث قلت له طلق أقررت له بالنکاح یب ج ۲ ص ۲۱۴ الوافی ج ۱۲ ص ۸۸ و البحار ج ۲۳ ص ۸۰ و عن معاویه بن وهب عن الصادق (ع) انه قال فی رجل کاتب علی نفسه و ماله و له أمه و قد شرط علیه ان لا یتزوج فأعتق الأمه و تزوجها فقال لا یصلح له ان یحدث فی ماله إلا الأکله من الطعام و نکاحه فاسد مردود قیل فان سیده علم بنکاحه و لم یقل شیئا قال إذا صحت حین یعلم بذلک فقد أقر الکافی ج ۵ ص ۴۷۸ و الوافی ج ۱۲ ص ۸۸ و عن زراره عن ابی جعفر (ع) قال سألته عن رجل تزوج عبده بغیر اذنه فدخل بها ثم اطلع علی ذلک مولاه فقال: ذلک الی مولاه ان شاء فرق بینهما و ان شاء أجاز نکاحهما فقلت لأبی جعفر (ع) فإنه فی أصل النکاح کان عاصیا فقال (ع) و لیس بعاص

للّه و انما عصـى سـيده و فى روايه أخرى لزراره عنه (ع) انه لم يعص اللّه و انما عصـى سيده فإذا اجازه فهو له جائز الكافى ج ۵ ص ۴۷۸ و الوافى ج ۱۲ ص ۸۸ و يب ج ۲ ص ۲۱۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۳

المتمرض فى الفضوليه بالأولويه.

و فيه ما عرفته آنفا من ان الأولويه ليست بقطعيه لكى يمكن الأخذ بها فى الأحكام الشـرعيه بل هى ظنيه فلا يجوز الاسـتناد إليها لأن مصالح الاحكام غير معلومه لنا.

الثانى: من ناحيه عموم التعليل المذكور فى الخبرين

فقـد اسـتدل بـذلك شـيخنا الأسـتاذ و إليك لفظ مقرر بحثه: (ان ظاهر قوله عليه السـلام انه لم يعص اللّه و انما عصـى سـيده ان المناط فى البطلان هو عدم تشـريع اللّه سـبحانه المنشأ بالعقد و اما إذا كان مشـروعا من قبله سـبحانه و لكنه فى عقده تصرف فى سلطان الغير، فهو منوط بإجازته، فإذا أجاز جاز فقوله (ع) فإذا أجاز جاز بمنزله كبرى كليه و خصوصـيه كون العاقد عبدا و كون ذى حق سـيدا ملغى قطعا، لانه (ع) فى مقام بيان ان كل من تصرف فى متعلق حق الغير فأمر هذا التصرف راجع الى ذى الحق ان شاء أبطله و ان شاء اجازه و على هذا، فلو فرض ان نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لا من قبيل بيع مال الغير فلا يضـر بالاستدلال، لاـن المنـاط فى صـحه الفضولى توقف العقـد على اجـازه الغير سواء كان جهه الوقوف كون المال مال الغير أم كونه متعلقا لحق الغير كتعلق حق الرهانه أو حق الغرماء و الديان أو حق السادات و الفقراء و نحو ذلك).

و ملخص كلامه: ان الاستدلال بتلك الروايات على صحه بيع الفضولى لا يتوقف

إلى إثبات الأولويه لكى يناقش فيها بما عرفته قريبا بل يمكن الاستدلال على ذلك بعموم العله المنصوصه فى الخبرين المستفاده من مقابله عصيان اللّه بعصيان السيد بدعوى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۴

ان العبد لم يعص اللّه فى نكاحه لكى يكون قابلا للزوال بالإجازه اللاحقه كالعقد فى العده و أشباهه كما فى أحد الخبرين لان حرام اللّه حرام الى يوم القيامه و انما عصى سيده الذى يزول عصيانه بتبديل كراهته برضائه، فيستفاد من ذلك ان النكاح المزبور مشروع فى نفسه و انما المانع عن نفوذه هو كراهه السيد فإذا رضى به صح و عليه، فيصح كل عقد مشروع فى نفسه بالإجازه اللاحقه إذ لا خصوصيه لنكاح العبد لنفسه و اذن فالإمام (ع) فى مقام بيان الضابطه الكليه و هى ان كل عقد كان فيه عصيان للّه تعالى، فهو فاسد كالعقد فى العده و العقد على المحارم و بيع الخمر و الخنزير و كل عقد لم يكن فيه عصيان للّه تعالى فهو صحيح غايه الأمر انه محتاج إلى إجازه سيده.

و قال المصنف ما هذا لفظه

(و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الداله على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معللا بأنه لم يعص اللّه و انما عصى سيده، أن المانع من صحه العقد إذا كان لا يرجى زواله، فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو عصيان اللّه تعالى و اما المانع الذى يرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد و رضا المالك من هذا القبيل فإنه لا يرض أولا و يرضى ثانيا بخلاف سخط اللّه عز و جل بفعل فإنه يستحيل رضاه.

و يرد عليه انه لا يمكن الاستدلال بهذه الروايات بوجه على صحه بيع الفضولى

بالإجازه اللاحقه للفرق الواضح بين مفادها و بين البيع الفضولى ضروره إذ العقد فى موردها مستند الى من له العقد كما عرفته سابقا إذ المفروض ان العبد قد تزوج لنفسه الا انه فاقد لما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۵

هو معتبر فى صحته و هو رضا السيد و اذن، فلا اشعار فيها بصحه البيع الفضولى فضلا عن الدلاله عليها نعم يمكن التعدى منها الى ما يماثل موردها كعقد بنت الأخ، فإن صحته متوقفه على رضا العمه و كعقد بنت الأخت فإن صحتها متوقفه على رضا الخاله على ما فى بعض الروايات «۱» و عليه فإذا تزوج الرجل ببنت الأخ بدون رضا العمه أو ببنت الأخت بدون رضا الخاله حكم بصحه ذلك بالرضا المتأخر منهما من جهه تلك الروايات لانه لم يعص اللّه حتى لا يزول عصيانه بل عصى المخلوق فيزول بالرضا و عليه فتدل الروايه على كبرى كليه و هى ان كل عقد صدر من اهله و وقع فى محله و لكن يتوقف نفوذه على اجازه الغير فهو نافذ بالإجازه بمقتضى التعليل المذكور فى تلك الأخبار، فلا دلاله فيها على صحه ما يتوقف أصل انعقاده على اجازه الغير، نعم لو كان التعليل بان كان كل عقد كان فيه عصيان المخلوق دون الخالق، فهو محكوم بالصحه برضا الغير لكان شاملا للبيع الفضولى أيضا و لكن الواقع فى الروايه ليس كذلك.

و قد اتضح لك مما ذكرناه انه لا يصح الاستدلال على صحه بيع الفضولى بالإجماع على نفوذ بيع المفلّس مع اجازه الغرماء و على نفوذ بيع الراهن مع اجازه المرتهن لأن شيئا من ذلك لا يرتبط بما نحن فيه.

ثم إذا سلمنا دلاله الأخبار المذكوره على صحه

عقد الفضولی لم یصح ما نسب الی ابن حمزه ره من ان نکاح العبد و کذا نکاح

---

(۱) راجع الوافی ج ۱۲ ص ۳۷ و یب ج ۲ ص ۲۰۸ و الکافی ج ۵ ص ۴۲۴ و الوسائل باب ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهره.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۴۶

الحر لغیره فضولا کنکاح الولی الشرعی و العرفی انما یصح بالإجازه لخصوصیه خاصه فی کل مورد فلا یمکن التعدی من هذه الموارد الی مطلق نکاح الفضولی فضلا عن سائر العقود الفضولیه و ذلک لعدم الفارق بینها و بین سائر العقود الفضولیه لوحده المناط فی الجمیع و لکن قد عرفت عدم دلالتها علی ذلک.

الوجه السادس: الروایات [۱] الوارده فی إباحه المناکح

و

---

[۱] عن علی بن إبراهیم فی تفسیر قوله تعالی إِذا جاؤُها وَ فُتِحَتْ أَبْوابُها قال أمیر المؤمنین علیه السلام ان فلانا و فلانا غصبونا حقنا و اشتروا به الإماء و تزوجوا به النساء الا و انا قد جعلنا شیعتنا من ذلک فی حل لتطیب موالیدهم. و عن غوالی اللئالی سئل الصادق (ع) فقیل یا ابن رسول اللّه ما حال شیعتکم فیما خصکم اللّه به إذا غاب غائبکم إلخ مستدرک ج ۲ ص ۵۵۵، و عن علبا الأسدی قال دخلت علی ابی جعفر (ع) فقلت له: انی ولیت البحرین فأصبت بها مالا- کثیرا و اشتریت متاعا و اشتریت رقیقا و اشتریت أمهات أولاد و ولد لی و أنفقت و هذا خمس ذلک المال و هؤلاء أمهات أولادی و نسائی و قد أتیتک به فقال: اما انه کله لنا و قد قبلت ما جئت به و حللتک من أمهات أولادک و نسائک رجال الکشی.

و عن الحسن بن علی العسکری (ع) عن آبائه (ع)

عن أمير المؤمنين (ع) انه قال لرسول اللّه (ص): قـد علمت يا رسول اللّه انه سـيكون بعدک ملک غضوض و جبر فيسـتولی علی خمس من السبی و الغنـائم و يبيعونه فلا يحل لمشتريه لأن نصـيبی فيه فقـد وهبت نصـيبی منه لکل من ملک شـيئا من ذلک من شيعتی لتحل لهم منافعهم من مأکل و مشرب و لتطيب مواليدهم و لا يکون أولادهم أولاد حرام مجهول.

الوسائل باب ۴ من أبواب الأنفال ج ۲۰.

و عن سالم بن مکرم عن أبی عبد اللّه (ع) قال رجل و انا حاضر

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۴۷

المساکين و المتاجر للشيعه و ان کان ذلک بأجمعه للإمام عليه السلام فإنها تدل علی ان الأئمه عليهم السلام قد أجازوا معاملات شيعتهم علی أموالهم فتدل علی تأثير الإجازه اللاحقه.

أقول لا يخفی عليک ان هـذه الروايات يمکن الاسـتدلال بها علی صـحه البيع الفضولی علی تقـدير و لا يمکن ذلک علی تقدير آخر و بيانه انک قد عرفت فی طليعه البحث عن العقد الفضولی ان اقتران رضا المالک بالعقد الصادر من الأجنبی لا يخرجه عن عنوان الفضولی إلا إذا أظهره بمظهر خارجی و هذا لا شبهه فيه.

و انمـا البحث فی ان الاـذن الغير الواصـل هل يخرج العقـد عن الفضوليه أم لا؟ کما إذا اذن المالک فی بيع شـی ء من ماله فباعه المـأذون قبـل وصول الإـذن إليه فـإن قلنـا بتـأثير الاذن الغير الواصل فی خروج العقـد عن الفضوليه، فالإجازه المزبوره أجنبيه عن بحث الفضولی بالکليه، ضـروره أن الأئمه (ع) قـد أذنوا لشـيعتهم فی المعامله علی ما فيه حق الامام (ع) غايه الأمران المشتری لم يطلع علی ذلک الاذن و عليه، فتکون تلک المعامله مستنده الی الأئمه

حلـل لی الفروج ففزع أبو عبـد اللّه (ع) فقـال له: رجـل لیس یسألـک أن یعـترض الطریق انمـا یسألـک خادمـا یشتریهـا أو امرأه یتزوجها أو میراثا یصـیبه أو تجاره أو شـیئا أعطیه فقال هـذا لشـیعتنا حلال الشاهد منهم و الغائب و المیت منهم و الحی و ما یولد منهم الی یوم القیامه الوسائل باب ۴ من أبواب الأنفال ج ۴ ضعیف بسالم بن مکرم و حدیث الأول من باب ۴ أیضا.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۴۸

(ع) لأجل ذلک الاذن الموجود حین العقـد، و ان قلنا بان مجرّد صدور الاذن من المالک لا یخرج المعامله الصادره من الأجنبی عن عنوان الفضولی مـا لم یصل الیه، بل الاذن المزبور انما یؤثر فی خروجها عن الفضولیه حین وصوله الی العاقـدان قلنا بـذلک فالروایات المـذکوره تـدل علی صـحه العقود الفضولیه و هـذا هو الحق لأن الأئمه و ان أذنوا فی المعامله علی أموالهم و لکنه لم یصل الی المشتری و من الظاهر ان العقد انما یخرج عن الفضولیه باسـتناده الی المالک و لا یستند العقد الیه بمجرد صدور الاذن منه و ان لم یصل الی العاقـد بل انما یسـتند الیه ذلک بالاذن الواصل و یکون عندئـذ مشـمولا للعمومات و المطلقات الـداله علی صحه العقود و نفوذها و اذن فتدل تلک الروایات أیضا علی صحه العقود الفضولیه بالإجازه اللاحقه.

و دعوی ان ما اشـتملت علیه تلک الروایات حکم شـرعی لا یجب تطبیقه علی القواعد، و لا یمکن التعدی من موردها الی مورد آخر، دعوی فاسـده، لأـن الظاهر منها هو ان الامام (ع) انّما یمضـی معاملات شـیعتهم الواقعه علی أمواله بعنوان انه مالک کسائر الملاک فینتج من ذلک قاعده کلیه و هی

ان كل مالك يجوز له إمضاء المعامله الفضوليه الواقعه على ماله و على هذا فإذا اشترى أحد شيئا ثم علم ان البائع لم يؤد خمسه كان البيع بالنسبه إلى مقدار الخمس فضوليا و يحكم بصحته من ناحيه إجازه الإمام (ع) فلا يحتاج إلى إجازه الحاكم و عليه، فيتعلق الخمس بالثمن و لو كان ذلك جاريه بل يصح النقل بلا عوض أيضا و حينئذ فيتعلق الخمس بذمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۹

الناقل و كل ذلك لأجل تلك الروايات و قد ذكرنا فى كتاب الخمس ان اخبار التحليل كلها مطلقها و مقيدها محموله على هذه الجهه و ان التحليل انما هو للمنقول اليه فقط لا- للناقل بل ذمته مشغوله بحق الامام (ع) و انما التزمنا بذلك جمعا بين الاخبار الداله على طيب المناكح و المساكين و المتاجر للشيعه و بين ما دل على وجوب إيصال حق الإمام إليه كروايه الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه قال: كنت عند أبى جعفر (ع) إذ دخل عليه صالح بن محمد بن سهل إلخ، الوسائل باب ۳ من أبواب الأنفال و لو أغمضنا عما ذكرناه لما جاز شراء ما فيه حق الامام (ع) و لما جاز التصرف و لما جاز و طى الأمه التى هى للإمام (ع) مع انها جائزه و أيضا يلزم ان يكون المتولد من تلك الجاريه ولد زنا مع انه ليس كذلك و جميع ذلك ليس الا من ان الامام (ع) قد امضى هذه المعاملات تفضلا منه على شيعتهم و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما يقال: من ان مقتضى ما دل على طيب المناكح هو اباحه و طى الجاريه التى جعلت ثمنا لما

فيه الخمس مع ان مقتضـى انتقـال الخمس الى الثمن هو عـدم الجواز و وجه الفساد هو ما ذكرناه من مقتضـى الجمع بين الاخبار هو اختصاص التحليل بالمنقول اليه فقط فلا يعم الناقل و تفصيل الكلام فى محله.

الوجه السابع: الروايات [۱] الوارده فى عامل مال المضاربه لو خالف ما شرط عليه

من تعيين سلعه مخصوصه فاشترى غيرها أو المنع عن السفر إلى أرض معلومه فسافر إليها فإنها تدل على انه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۵۰

يضمن مال المضاربه مع التلف و لكن الربح مشترك بينهما على الشرط و هذا لا يتم الا على القول بصحه المعاملات الفضوليه و تـأثير الإجـازه اللاـحقه فيهـا، فـإنه على هـذا تكون المعـامله الصادره من العامل فضوليه و تصـح بالإجازه اللاحقه و الا فمقتضـى القاعده ان يكون مجموع الربح للمالك.

---

[۱] يب عن جميل عن ابى عبد اللّه (ع) فى رجل دفع الى رجل ما لا يشترى به ضـربا من المتاع فاشترى به غير الذى أمره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شـرط و روى الكلينى و الشـيخ بإسناد هما عن الحلبى عن ابى عبد اللّه (ع) انه قال فى الرجل يعطى الرجـل المـال فيقول له ائت أرض كـذا و كـذا و لا تجاوزها و اشتر منها قال: فان جاوزها و هلك المال، فهو ضامن و ان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما حسن بابن هاشم. كافى عن محمد بن مسـلم عن أحدهما (ع) قال سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه و ينهى ان يخرج به فخرج قال: يضـمن المال و الربح بينهما. تهذيب عن ابى بصـير عن ابى عبد اللّه (ع) فى الرجل يعط الرجل مالا مضاربه و ينهاه أن يخرج به الى أرض أخرى فعصاه فقال

هو له ضامن و الربح بينهما إذا شرطه و عصاه.

فقيه عن الكنانى قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن المضاربه يعطى الرجل المال يخرج به الى الأرض و نهى أن يخرج به الى أرض غيرها فعصى فخرج به الى أرض أخرى فعطب المال فقال هو ضامن فإن أسلم فربح فالربح بينهما تهذيب عن الشحام عن الصادق (ع) فى المضاربه إذا اعطى الرجل المال و نهى ان يخرج بالمال إلى أرض أخرى فعصاه فخرج به قال هو ضامن و الربح بينهما الكافى ج ۵ ص ۲۴۰ و التهذيب ج ۲ ص ۱۷۰ و الوافى ج ۱۰ ص ۱۲۰ و الفقيه طبعه النجف ص ۱۴۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۵۱

قال المصنف- و هذا نصه-:

(فإنها إن أبقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازه كما نسب الى ظاهر الأصحاب و عدّ هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالك و غيره كان فيها استيناس لحكم المسأله من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقا فى نقل المالك الى غيره و أم حملناها على صوره رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الربح كما هو الغالب و بمقتضى الجمع بين هذه الاخبار و بين ما دل على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله و النهى عن أكل المال بالباطل [۱] اندرجت المعامله فى الفضولى و صحتها فى خصوص المورد و ان احتمل كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

و ملخص كلامه ان الروايات الداله على صحه المعامله الصادره من عامل القراض تدور على احتمالين أحدهما: عدم لزوم الإجازه فى المعامله المزبوره، و الثانى: دلالتها على صحه تلك المعامله مع الإجازه اللاحقه ضروره ان المالك و

ان لم يكن راضيا بها قبل ظهور الربح و لكنه رضى بها و على الأول، فيستأنس بها لصحه بيع الفضولى لاشتراكه مع مورد الروايات فى عدم لزوم الاذن السابق فى نقل المال، و على الثانى، فتدل على صحه بيع الفضولى.

أقول: اما الاحتمال الأول فيرد عليه ان مجرد الاستيناس لا يدل على صحه بيع الفضولى، فإنه لا يفيد الا الظن فهو لا يغنى

---

[۱] كآيه التجاره عن تراض و الروايات الدالّه على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه و رضائه و قد ذكرنا هذه الروايات فى الجزء الثانى ص ۱۳۷.

من الحق شيئا بل لا استيناس هنا أيضا بديهه ان الحكم بصحه عقد الفضولى بلا احتياجه إلى الإجازه اللاحقه فى مورد خاص للنص غير مربوط بصحه المعامله الفضولى مع الإجازه و ذلك لان النص قد دل عدم اعتبار اذن المالك فى الأول بخلاف الثانى فإنه تعتبر فى صحته اجازه المالك- كما هو المفروض- و اشتراك مورد النصوص مع سائر العقود الفضوليه فى عدم اقتران العقد باذن المالك لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات على انه لو صح التمسك بها فى المقام للزم الحكم بصحه بيع الفضولى بلا احتياج الى رضا المالك لا سابقا و لا لاحقا إذ لم يفرض فى مورد الروايات احتياج معامله العامل إلى اجازه المالك، بل انما حكم الامام (ع) بصحتها على وجه الإطلاق.

فتحصل ان هذه الروايات أجنبيه عن بيع الفضوليه بالكليه فى مورد فلا استيناس بها لصحه بيع الفضولى بوجه، و اما الاحتمال الثانى فيتوجه عليه انا لو فرضنا لحوق الإجازه من المالك بالمعامله التى أوقعها العامل و لكنها لا يتفق و مورد الروايات، بداهه ان

المـذكور فيهـا انمـا هو اشتراک الربـح بين المالـک و العامـل و مقتضـی لحوق الإجازه بها هو کون الربـح بأجمعه للمالک و ان العامل لاستحق منه شيئا.

و دعوی ان المالـک انمـا أجـاز البيع بعنوان انه من مصاديق المضاربه و من الظاهر ان مقتضـی عقـد المضاربه هو اشتراک الربح بينهمـا، دعوی فاسـده، لأنهـا تکلف فی تکلف علی ان ذلـک يقتضـی کون التلف علی المالـک لاـ علی العامـل مع انه مخـالف لصريح تلک الروايات علی ان حملها علی صوره لحوق الإجازه من المالک دعوی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۵۳

فاسـده إذ لاـ شاهـد عليه فی شـی ء من تلـک الاخبـار و لاـ فی غيرهـا فيکون الحمـل تبرعيـا محضـا. و علی الجمله ان الروايـات المذکوره و ان کانت تنطبق علی البيع الفضولی بناء علی ما ذکره المصـنف من الاحتمال الثانی و لکن لازم ذلک هو عدم کون الربـح مشترکـا بين العامـل و المالـک، ضـروره ان مـا وقع عليه عقـد المضاربه لم يوجـده العامل و ما أوجـده العامل غير مربوط بالمضـاربه بـل انمـا هو عقـد آخر فضولی، فـان اجـازه المالک اختص به لا انه يکون من مصاديق المضاربه و مشترکا بينه و بين العامل و ان لم يجزه بطل من أصـله و العجب من المصنف فإنه کيف حمل تلک الروايات علی الفضولی بمقتضی الجمع بينها و بين ما دل علی اعتبار الرضا فی نقل الأموال فتحصل ان الحکم بصـحه بيع الفضولی مع لحوق الإجازه بها من ناحيه تلک الاخبار يعد من الغرائب و انها بعيده عن کلا الاحتمالين الذين ذکرهما المصنف.

ثم انه هل يمکن تطبيق تلک الروايات علی القاعده أو انها محموله علی التعبد المحض؟ فربما يقال بالأول بدعوی ان

غرض الامـام (ع) من تلـك الروايـات انمـا هو التنـبيه على مـا تقتضـيه القاعـده و بيـان ذلـک ان غرض المالـک من إيقـاع عقد المضاربه ليس الا الاسترباح و تحصـيل المنفعه بأى وجه اتفق الا انه نهى عن اشتراء سـلعه خاصه أو عن المسافره إلى محل معين لأجـل تخيله عـدم حصول الربـح من ذلـک أو تلف المـال عندئـذ، فيکون نهيه عن المعـامله الخـاصه أو عن المسافره إلى مکان مخصوص من طرق تحصيل المنفعه أيضا، و الا فليس له غرض خاص من المنع المزبور و لا هناک مصلحه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۵۴

خفيه لاـ يعلمهـا العامـل و لاـ انه مسـتند الى العنـاد و اللجـاج و اذن فـالممنوع عنه ليس بخارج عن حـدود المضاربه غايه الأمران المالـک قـد اشترط على العامل شـرطا خارجا عما يقتضـيه عقـد المضاربه لأجل ذلک الخيال، و حينئـذ فلو راى العامل ربحا فى البيع الـذى نهى عنه المالک و أقدم عليه لکان ذلک من مصاديق عقد المضاربه، و ان لم يلتفت اليه المالک بل منع عنه صـريحا ضروره ان منعه عن ذلک ليس الا من قبيل الخطا فى التطبيق و تخيله عـدم وجود النفع فى المنهى عنه مع وجوده فيه واقعا و على هـذا، فاشتراکهما فى الربـح من جهه عقـد المضاربه لا للإجازه اللاحقه لکى يسـتدل بذلک على صـحه العقود الفضوليه کما ان کـون الخسـران على العامـل من جهه الاـشتراط، فـإنه يـؤثر فى کون الوضـيعه عليه و به تخرج المعـامله عن المضـاربه فى صوره الخسران و تدل على ذلک قصه عباس [۱] عم النبى (ص) حيث انه کان يقارض عماله و يشترط عليهم ان لا ينزلوا بطون الوادى و الا فالضرر عليهم، فيعلم

من هذه القضيه انه لا بأس باشتراط كون الوضيعه على عامل المضاربه فى فرض المخالفه.

و يرد عليه أولا: انه لا يمكن الالتزام بالخطإ فى التطبيق فى

---

[۱] عن الحلبى عن ابى عبد اللّه (ع) انه قال فى المال الذى يعمل به مضاربه له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شى ء الا ان يخالف أمر صاحب المال فان العباس كان كثير المال و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربه و يشترط عليهم ان ينزلوا بطن واد و لا يشتروا ذا كبد رطبه قال (ع) فان خالفت شيئا مما أمرتک به فائت ضامن للمال يب ج ۲ ص ۱۶۹ و الوافى ج ۱۰ ص ۱۲۰ قوله ذا كبد كنايه عن الحيوان و انما منع عنه لكونه فى معرض الآفات.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۵۵

جميع الموارد بل انما يمكن الالتزام به فيما علم انه ليس غرض المالک من إيقاع عقد المضاربه إلا الاسترباح بأى وجه اتفق فإنه عندئذ يمكن القول بصحه المضاربه فى صوره المخالفه عند ظهور الربح فيها.

و اما إذا لم يعلم غرضه من ذلک فلا يمكن الالتزام بالخطإ فى التطبيق فى صوره المخالفه مثلا إذا اشترط المالک على العامل فى عقد المضاربه ان يبيع إلا الأكفان فان فى مثل ذلک لا يمكن القول بان غرض المالک من المضاربه ليس الا تحصيل الربح.

و ثانيا: انه لا دليل على اتباع غرض المالک فى العقود و الإيقاعات ما لم يبرز بمظهر خارجى و الا يصح ذلک فى جميع الموارد فيلزم منه تأسيس فقه جديد مثلا إذا و كل احد غيره فى بيع داره لم يجز للوكيل ان يبيع دابه الموكل أيضا بتخيل ان غرض الموكل من التوكيل

فی بیع داره لیس الا الاتجار بماله بأی وجه اتفق، فـذکر الـدار انما هو لأجل تخیله ان غیر الدار لاتباع بالقیمه المناسـبه و کذلک إذا وکلت المرأه أحـدا فی تزویجهـا بالعـالم الفلانی لم یجز للوکیل ان یزوجها بعالم آخر أفضل منه بتخیل ان غرض المرأه إنما التزویج بالعالم و ان تعیین شخص خاص من جهه عدم التفاتها الی من هو أفضل منه و الی غیر ذلک من الأمثله.

و ثالثا: ان تطبیق تلک الروایات علی القاعـده علی الوجه المـذکور لا یتم فی جمیع الموارد لکون ذلک أخص من المـدعی لانه ربمـا تکون المعـامله مربحه فی صوره المخـالفه کمـا هو مورد الاخبار، و لکنها لا تکون موافقه لغرض المالک کما إذا نهی عن المعامله مربحه کان ربحها فی کل عشره اثنان و رخص فی المعامله مربحه کان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۵۶

ربحهـا فی کـل عشـره ثمـانیه فإنه عندئـذ کیف یمکن الالتزام بصـحه المعامله الأدنی بقانون ان غرض المالک من المضاربه هو الاسترباح و ان النهی عن معامله خاصه لأجل الخطا فی التطبیق، و اذن فلا یمکن تطبیق الروایات علی القواعد.

و امـا کون الخسـران علی العامـل فی مورد الروایـات فلیس ذلـک من نـاحیه الاـشتراط و الاـ لکـان تخلفه موجبـا للخیار لا کون الوضـیعه علی العامـل بل هو من قبیل اشتراط کون الوضـیعه علی العامل فی صوره المخالفه و هـذا المعنی و إن کان یتفق أحیانا کمـا اتفق فی معاملاـت عبـاس عمّ النّبی (ص) و لکن لاـ کلیه له قطعا و من الظاهر ان الأمور الاتفاقیه لا تکون ضابطه کلیه لکی تؤخذ بها فی جمیع الموارد و هذا ظاهر لا شک فیه.

فتحصل من جمیع ما ذکرناه انه

لاـ يمكن حمل النصوص المذكوره على الفضولى مع تقييدها بالإجازه اللاحقه و لا حملها على القواعد بل هى محموله على التعبد المحض الذى يخالف القواعد و حينئذ فلا يجوز التعدى عن موردها بل يجب الاقتصار عليه.

مع ان ورودها على طبق القاعده يقتضى ذكر ذلك فى غير باب المضاربه أيضا لأن الحركه على طبق غرض المالك لا يختص بباب المضاربه بل تجرى فى الوكاله و غيرها أيضا مع انه لم يتفوه به احد بل يقتضى ذلك الاختلاف فى مضمونها مع ان الفقهاء قد أفتوا على طبقها بلا خلاف فى ذلك من احد.

قال العلامه فى القواعد: و لو امره بالسفر إلى جهه فسافر الى غيرها أو بابتياع شى ء معين، فابتاع غيره ضمن و لو ربح حينئذ فالربح على شرط و حكى التصريح بذلك كلّه عن النهايه و الشرائع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۵۷

و النافع و التذكره و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفايه و المفاتيح و قضيه الإطلاق جمع أخر بل حكى الإجماع عن الغنيه و السرائر، على أنه يضمن فيما إذا خالف فى السفر و ابتياع المعين و عن جامع المقاصد انه لاـ بحث فيه بل نسبه الى الأصحاب بل فى الرياض انه لا خلاف فيه و عن ظاهر جامع المقاصد و موضعين من المسالك ان الربح على الشروط فيما إذا خالف فى هذين الأمرين و عن إيضاح النافع ان عليه الفتوى و عن موضع من مجمع البرهان كأنه لا خلاف فيه و فى آخر ان الخلاف فيه غير معلوم.

و على الجمله انه لا شبهه و لا خلاف فى حمل الروايات المتقدمه على التعبد المحض و تفصيل الكلام فى محله.

ثم ان شيخنا

الأستاذ بعد ما حكم بصحه المعامله التى فيها ربح و دخولها تحت المضاربه و خروجها عنها فى صوره الخسران قال (ثم ان كون الوضيعه عليه مع ان فى صوره البطلان لا وضيعه محمول على ما إذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقق الخسران).

و يرد عليه ان كون الوضيعه على العامل من جهه بطلان العقد و عدم إمكان استرداد المبيع، و ان كان ممكنا فى الجمله الا ان هذا لا يجرى فى جميع الروايات، لانه حكم الإمام فى بعضها بكون الخسران على العامل بعد فرض صحه المعامله فيه كما يظهر ذلك لمن يلاحظها.

الوجه الثامن: الأخبار الوارده فى الاتجار بمال اليتيم

قال المصنف- و هذا نصه-

(و من هذا القبيل اى من قبيل اخبار المضاربه الأخبار الوارده فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم و ان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۵۸

الربح لليتيم فإنها إن حملت على صوره اجازه الولى كما هو صريح جماعه تبعا للشهيد الثانى كان من افراد المسأله و ان عمل بإطلاقها كما عن جماعه ممن تقدمهم خرجت عن مسأله الفضولى لكن يستأنس لها بالتقريب المتقدم و ربما احتمل دخولها فى المسأله من حيث ان الحكم بالمضى إجازه إلهيه لاحقه للمعامله فتأمل).

و قال فى البلغه (منها ما ورد مستفيضا و فيه الصحيح و المعتبر فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغير اذن وليه انه يضمن المال و الربح للطفل أو اليتيم و التقريب فيه ما تقدم حرفا بحرف).

و يرد عليه أولا: جميع ما وجهناه على الوجه السابق طابق النعل بالنعل فلا استيناس بشى ء منها لصحه بيع الفضولى مع لحوق الإجازه فضلا عن الدلاله عليها.

و ثانيا: انا لم نعثر على خبر يكون نصا أو ظاهرا فى كون المتجر بمال اليتيم هو غير الولى بل الروايات

الوارده فی الاتجار بماله کلّها علی طائفتین. الطائفه الأولی صریحه فی تجاره نفس الولی بذلک [۱] الثالثه [۲] مطلقه و غیر مقیده بالولی و لا بغیره و من

---

[۱] عن أسباط بن سالم قال: قلت لأبی عبد اللّه (ع) کان لی أخ هلک فاوصی الی أخ أکبر منی و أدخلنی معه فی الوصیه و ترک ابنا له صغیرا و له مال أ فیضرب به أخی فما کان من فضل سلمه للیتیم و ضمن له ماله فقال ان کان لأخیک مال یحیط بمال الیتیم ان تلف فلا بأس به و ان لم یکن له مال فلا یعرض لمال الیتیم مجهوله بابن سالم الوسائل باب ۷۵ من أبواب ما یکتسب به و عن ابی الربیع قال: سئل أبو عبد اللّه (ع) عن الرجل یکون فی یده مال لأخ له یتیم و هو وصیه أ یصح له ان یعمل به قال نعم یعمل به کما یعمل بمال غیره و الربح بینهما قال قلت فهل علیه ضمان قال لا إذا کان ناظرا له. مجهوله بابی الربیع الشامی الوافی ج ۱۰ ص ۴۵ و الوسائل باب ۲ من تجب علیه الزکاه.

[۲] عن محمد بن مسلم عن ابی عبد اللّه (ع) فی مال الیتیم قال العامل به ضامن و للیتیم الربح إذا لم یکن للعامل مال و قال ان عطب أداه حسنه بابن إبراهیم و عن ربعی بن عبد اللّه عن ابی عبد اللّه (ع) قال فی رجل عنده مال الیتیم و هو ضامن وسائل- أبواب نا یکتسب به باب ۷۵ ج ۳ و غیرها من الروایات المذکوره فی باب الزکاه من ئل باب ۲ من أبواب من تجب علیه الزکاه

و من لا تجب عليه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۵۹

الظاهر انه لا- دلاله فی کلتا الطائفتین علی ما نحن فیه و لا استیناس بهما لذلک، اما الطائفه الاولی فلان التاجر الولی بمال الیتیم تاره یکون لنفسه بان یستقرض من الیتیم و یتجر به لنفسه بل صرح الامام (ع) بذلک فی روایه الصیقل و مفضل بأنه ان کان عندک مال و ضمنته فلک الربح و أنت ضامن للمال فان المراد من الضمان فیها هو الضمان القرض فمعنی ضمنته ای أخذته قرضا و لکن الروایه- ضعیفه، و اخری للیتیم و علی الأول فالمعامله مختصه بالولی فلا حظّ فیها للیتیم بوجه و علیه، فیکون ربح التجاره له و خسرانها علیه و اذن فلا ربط لها بالمعامله الفضولیه بل شأنها شأن سائر تجاراته بمال نفسه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۶۰

و هذا واضح لا شبهه فیه و علی هذا تحمیل الروایات [۱] الداله علی جواز أخذ مال الیتیم مع الضمان و الشاهد علی هذا الحمل هو ان غیر الولی و لو کان ملیا لا یجوز له الاقتراض من مال الیتیم بدون اذن ولیه مع ان المذکور فی هذه الروایات هو الاقتراض بدون اذنه.

علی ان بعضها مقید بخصوص الولی کما یظهر ذلک لمن- یلاحظها و علی الثانی، فلا ربط للمعامله الفضولی أیضا إذ لو کانت فضولیه لاحتاجت إلی اذن الولی فتخرج بذلک عن الفضولیه، و اما إذا کان المتصدی لها هو شخص الولی، فلا تحتاج صحتها إلی إذن احد ضروره ان صحه تصرفات غیر الولی متوقفه علی اذن الولی فلو کانت صحه تصرفات الولی أیضا متوقفه علی اذن غیره فاما یدور أو یتسلسل و کلاهما باطل.

نعم یعتبر فی اتجار

الولی بمال الیتیم ان یکون ملیا ای ذا مال فإنه حینئذ یکون الربح للیتیم و الخسران أیضا علیه.

أقول لا دلیل علی کون الخسران علی الطفل بعد ضعف الطائفه الاولی، و اما الطائفه الثانیه، فهی ظاهره فی کون الربح للیتیم و

---

[۱] عن منصور بن حازم عن ابی عبد اللّه (ع) فی رجل ولی مال یتیم استقرض منه فقال: ان علی بن الحسین (ع) قد کان یستقرض من مال أیتام کانوا فی حجره فلا بأس بذلک.

و عن ابی نصر قال سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل یکون فی یده مال لأیتام فیحتاج الیه فیمد یده فیأخذه و ینوی أن یرده فقال لا ینبغی له ان یأکل إلا القصد و لا یسرف و ان کان عن نیته ان لا یرد علیهم فهو بالمنزل الذی قال اللّه عز و جل إِنَّ الَّذِینَ یَأْکُلُونَ أَمْوالَ الْیَتامی ظُلْماً.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۶۱

الوضیعه علی التاجر مع عدم الفرق فیها بین الولی و غیره لمکان الإطلاق الا ان یقال ان هذه الطائفه المطلقه مقیده بالطائفه الثانیه و لکنها ضعیفه السند کما ذکرناه فی الحاشیه.

و اما إذا کان فقیر فیکون الربح عندئذ للیتیم و الخسران علی الولی المتجر به کما فی روایه الصیقل و غیرها، و هذا أیضا غیر مربوط بالفضولی لما عرفته قریبا من ان مقتضی صحه المعامله بالإجازه هو کون النفع للیتیم و الوضیعه علیه، و مقتضی عدم إمضائها هو بطلانها من أصلها و لکن الشارع حکم بکون الربح للیتیم تعبدا و لعل الحکمه فیه هو مراعاه حال الیتیم کما سیأتی قریبا الإشاره الیه علی ما فی الروایه کما أن الأمر کذلک فی اتجار غیر الولی بمال الیتیم و

سيأتی قريبا على ان هذه الطائفه من الروايات ضعيفه السند و اما الطائفه الثانيه التی تدل على جواز الاتجار بمال اليتيم مطلقا، فهی ناظره إلى رعايه حال اليتيم و وارده فی مقام التوسعه له و- الامتنان عليه لانه تعالى قد رخص فی الاتجار بماله لأیّ أحد مع كون ربح التجاره له و وضيعتها على التاجر و لعل النكته فی ذلک هو ان لا يقرب احد مال اليتيم إلا بالتی هی أحسن و لا شبهه فی ان هذا حكم تعبدی محض و غير مربوط بالفضولی أصلا و لا تنطبق عليه القواعد، و لا أن صحه المعامله المزبوره متوقفه على اجازه الولی لو كان التاجر غيره حتى يتوهم انّها كيف تكون صحيحه مع عدم لحوق الإجازه بها؟ إذ لو كانت هی فضوليه و موقوفه على اجازه الولی لاختصت باليتيم فی صوره الإجازه و كانت الوضيعه عليه و الربح له و كانت باطله من أصلها فی صوره الرد و على كل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۶۲

حال فلم يكن وجه لكون الربح لليتيم و الوضيعه على التاجر فيعلم من ذلک كله ان الروايات محموله على التعبد الصرف.

و قد يقال: ان كون الاتجار بمال اليتيم فضوليا لا يستلزم التوقف على اجازه الولی بل يمكن ان يكون ذلک فضوليا و مجازا من قبل اللّه تعالى و قد وصلت إلينا هذه الإجازه بواسطه سفرائه الكرام.

و عليه، فتحمل الروايات المتقدمه على هذه الناحيه.

و يرد عليه أن إدخال التجاره بمال اليتيم فی الفضوليه بالإجازه الإلهيه يوجب خروجها عن ذلک جزما، ضروره ان تلک الإجازه موجوده حال العقد لا انها تلحق به لكی توجب اندراج مورد- الروايات فی عقد الفضولی و لعله لأجل

هذا أمر المصنف بالتأمل.

و هذا المطلب ظاهرا ينافى لما تقدم من ان الاذن غير الواصل لا يخرج العقد عن الفضوليه و ان كان الاذن موجود أحال العقد.

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان الروايات الوارده فى الاتجار بمال اليتيم أجنبيه عما نحن فيه بالكليه.

الوجه التاسع: روايه موسى بن أشيم [۱]

حيث ان الامام

---

[۱] عن ابى جعفر (ع) فى عبد لقوم مأذون له فى التجاره دفع اليه رجل ألف درهم فقال اشتر منها نسمه و أعتقها عنّى و حج عنى بالباقى ثم مات صاحب الالف درهم فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت و دفع إليه الباقى فى الحج عن الميت فحج عنه فبلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت فاجتمعوا، فاختصموا جميعا فى الألف درهم فقال: موالى المعتق انما اشتريت أباك بمالنا فقال أبو جعفر (ع) اما الحجه فقد مضت بما فيها لا ترد و اما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۶۳

عليه السلام قد اكتفى فى الحكم بتملك العبد بثبوت وقوع الشراء بمال المدعى و من الظاهر ان اجازه المالك لو لم تكن كافيه فى صحه الفضولى لما اكتفى الامام بذلك لان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص أيضا.

و لا يخفى عليك أن صريح الروايه هو أن المدعى لملكيه الأب ثلاث طوائف:

۱- موالى الأب المعتق فإنهم يدعون اشتراءه بمالهم.

۲- موالى العبد المأذون، فإنهم يدعون اشتراءه بمالهم.

۳- ورثه الميت فإنهم يدعون اشتراءه بمالهم.

و على الأول، فالمعامله باطله من أصلها لأنا ذكرنا فى محله ان البيع عباره عن اعتبار التبديل بين المالين فى جهه الإضافه و لا شبهه فى ان هذا المعنى لا يتحقق الا بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه بان يفك البائع إضافته القائمه بالمتاع و

يجعلها قـائمه بـالثمن و يفـك المشترى إضـافته القـائمه بـالمثمن و يجعلهـا قائمه بالمتاع لان كلّا من المتعاملين يبـدل ماله- عند المبايعه بمال شـخص أخر فى جهه الإضافه و عليه، فإذا باع احـد متاعه من غيره صار الـدينار ملكا للبائع و لو صار ملكا لشـخص آخر لما

المعتق فهو رد فى الرّق لموالى أبيه و اى الفريقين أقـام البينه ان العبـد اشترى أبـاه من أموالهم كـان لهم رقـا ضـعيف بابن أشـيم الكافى ج ۷ باب النوادر من الوصيه ص ۶۲ و يب ج ۲ زيادات الإجارات ص ۱۸۱ و العتق ص ۳۱۸ و زيادات ص ۱۶۸ الوصايا ص ۴۰۱ و الوافى ج ۹ باب قضايا غريبه من القضاء ص ۱۶۸.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۶۴

صـدق عليه مفهوم البيع لاـن الثمن لم يـدخل فى ملك من خرج المثمن عن ملكه كما أنّه لو باع متاعه من نفسه لما صـدق عليه عنوان البيع أيضا لعـدم تحقق التبـديل فى جهه الإضافه مثلا إذا ملك احـد ماله لنفسه بإزاء ماله الأخر أو ملكه لزيد بإزاء تمليك زيـد مـاله لشـخص آخر لم يصـدق عليه عنوان البيع و اذن فلاـ ربط للروايه على هـذا الوجه بالبيع الفضولى بوجه بل نسـبته إليها كوضع الحجر فى جنب الإنسان.

و على الثـانى فالمعـامله و ان كـانت صـحيحه و لكنهـا بعيـده عن بيع الفضولى إذ المفروض أن العبـد مأذون فى التجاره من قبل مواليه، فيكون مأذونا فى شراء أبيه و عليه فالروايه أيضا أجنبيه عن عقد الفضولى الا أن يقال: أنّ موالى المأذون و ان أذنوا له فى التجاره و لكن الظاهر ان المراد منها هو التجاره التى فيها ربح و شراء العبد أباه ليس منها،

فیکون فضولیا، فلا تکون الروایه أجنبیه عنه فتأمل.

و علی الثالث فقد یقال بدخول المعامله فی العقد الفضولی لأن الظاهر من الروایه أن الشراء انما هو بعد موت المورث و انتقال المال إلی الورثه و حینئذ فتکون المعامله فضولیه لعدم کون العبد مأذونا فی ذلک من قبلهم، فتکون مطالبه المبیع اجازه و اذن- فتدل الروایه علی صحه بیع الفضولی، ضروره أنّه لو لم تکن الإجازه المتأخره کافیه فی صحته لم یکن مجرد دعوی الشراء بالمال و اقامه البینه علیه کافیا فی تملک المبیع و لکن کون البیع فضولیا فی هذه الصوره- متوقف علی إنکار الورثه وصیه مورثهم بما فعله العبد المأذون

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۶۵

و دعواهم وکالته فی ذلک من المورث فإنه عندئذ تبطل الوکاله بموت الموکل و تصح المعامله فضولیه لما عرفته من ان الظاهر من الروایه هو کون الشراء بعد موت المورث و هذا المعنی و ان کان متینا فی نفسه و لکن یحتمل أن یستند شراء العبد إلی اذن الورثه إذ المفروض هو کون المشتری مأذونا فی التجاره و لو کانت لغیر مولاه کما هو مقتضی الإطلاق و علی هذا، فلا تکون المعامله فضولیه حتی مع إنکار الوصیه.

و دعوی أن هذا مخالف لظاهر الروایه و إطلاقها لأن الظاهر کون العبد مأذونا فی التجاره لمولاه فقط و الا لوقع التعرض له فی الروایه، دعوی فاسده لما ذکرناه من ان مقتضی الإطلاق هو کون العبد مأذونا فی مطلق التجاره و یضاف الی ذلک ان الروایه مسوقه لبیان حکم المخاصمه بین المدعین و لیس فیها تعرض لهذه الناحیه کما لا تعرض فیها لشرائط التجاره.

و لا یخفی علیک انه بناء علی نقل المصنف فالروایه

ظاهره فی کون الشراء قبل موت الدافع و علیه فلا تکون المعامله فضولیه لانه عندئذ فالروایه ظاهره بل صریحه فی کون المشتری مأذونا من قبل مولاه و مولی أبیه و من قبل أب الورثه و اذن فتبعد الروایه عن عقد الفضولی، و لکن المصنف لم ینقل الروایه بعینها و الا فلا شبهه فی ظهورها فی کون الشراء بعد موت المورّث.

ثم ان شیخنا الأستاد قد استظهر من الروایه ثبوت الوصیه بما فعله العبد المأذون و إلیک لفظ مقرر بحثه.

(ان الظاهر من الروایه أن الدافع دفع الالف بعنوان الوصیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۶۶

فورثته یدّعون الشراء بالألف لیکون ولاء العتق لهم و یؤید ذلک قوله (ع) اما الحجه فقد مضت بما فیها لا ترد فالورثه لا ینکرون الوصیه حتی یکون شراء العبد المأذون أباه فضولیا و لا ینافی ذلک قوله (ع) ای الفریقین بعد أقاموا البینه علی انه اشتری أباه من أموالهم کان لهم رقا لإمکان حمله علی لحاظ حال الانقضاء لا التلبس، و کیف کان فظهور الروایه فی مسأله الفضولی ممنوع فضلا عن الصراحه نعم قابل للحمل علیها فتدبر). و یرد علیه أولا: انه لیس فی الروایه ما یدل علی صدور الوصیه من صاحب المال بل الشراء کان بمال الورثه لأن المأذون کان وکیلا من الدافع و تبطل وکالته بموت موکله کما عرفته قریبا نعم ربما یتوهم أن حکم الامام (ع) بمضی الحج یدل علی ان المیت قد اوصی به لانه لا یصح الحج عن الغیر الا بعد الموت و لکنه توهم فاسد لانه تصح النیابه عن الحی فی الحج المستحب کما یظهر ذلک من الروایات «۱» العدیده بل فی الحج الواجب أیضا إذا

لم يقـدر عليه المنوب عنه و تدل عليه الاخبار «۲» الكثيره و يضاف الى ذلك ان الامام (ع) حكم بسـماع دعوى الورثه بعد إقامه البيّنه و من الظاهر انه لو كانت هناك وصيه لم يحكم به الامام (ع).

و ثانيا: أن ورثه صاحب المال يدعون أن المأذون قد اشترى أباه بمالهم و من البين الذى لا ريب فيه أن مقتضى هذه

---

(۱) الوسائل باب ۲۱ من أبواب وجوب الحج و شرائطه و باب ۲۵ من أبواب النيابه فى الحج.

(۲) الوسائل باب ۴۳ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

الدعوى هو ان يكون أباه رقا لا حرا و عليه فلا يكون الغرض من- دعواهم هو ثبوت ولاء العتق لهم.

و ثالثا: ان الحكم بمضى الحج فى الروايه لا يتفق مع القواعد و سيأتى قريبا.

ثم انه نوقش فى الروايه بأمور فعمدتها أمران.

الأول: الحكم بعود العبـد الـذى اشتراه المـأذون رقـا لمولاـه و مطالبه البينه من الفريقين الآخرين مع الأول يـدعى فساد البيع كما عرفته قريبا، و الآخران يدعيان صحه البيع و قد ثبت فى محله أن مدعى الصحه فى باب المعاملات مقدم على مدعى الفساد.

و قـد يتوهم أن تقديم قول مولى الأب على غيره ليس من قبيل تقديم مدعى الفساد على مدعى الصـحه لكى يناقش فيه بما ذكر بل انما هو من جهه الاستصحاب لأن الأصل بقاء الأب فى ملك مولاه.

و لكنه توهم فاسـد إذ لا يجرى الاستصـحاب فى المقام لان- الظاهر من الروايه هو أن العبد المأذون فى التجاره كان عنده المال من جميع الفرق و الخصماء و كان مأذونا فى التجاره لمولاه و مولى أبيه و كان وكيلا أيضا من قبل صاحب المال

فی شراء عبد و عتقه و تجهیزه للحج حتی یحج عن المیت، و علیه، فینفذ إقرار- العبد علی جمیع الفرق لان من ملک الشی ء ملک الإقرار به و من الواضح أن الظاهر من عمله الخارجی هو اعترافه باشتراء أبیه بمال الدافع فیکون عندئذ اعترافه أو عمله الخارجی حجه علی مولی الأب و اذن، فمقتضی القاعده هو کون العبد ملکا لصاحب الدراهم فعوده

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۶۸

رقا لمولاه من جهه الاستصحاب مخالف للقاعده فلا یجری الاستصحاب هنا.

و یرد علیه أولا: أن مدعی الصحه و ان کان یقدم علی مدعی الفساد فی باب المعاملات الا ان ذلک لا یجری فیما نحن فیه، لأنا ذکرنا فی محله ان السیره قائمه علی صحه العمل فیما إذا أحرز أصل وجوده الجامع بین الصحیح و الفساد و شک فی صحته و فساده من النواحی الأخر و اما إذا شک فی أصل وجود العمل لم تجر أصاله الصحه لکون الشک حینئذ فی تحقق العمل فی الخارج لا فی صحته و فساده بعد إحراز وجوده، بل ذکرنا هناک انها لا تجری مع عدم إحراز قصد العنوان حتی فیما لم یکن العنوان من العناوین القصدیه کالطهاره الخبثیه مثلا- إذا شاهدنا أحدا یصب الماء علی ثوب تنجس و لکنها لم نحرز انه قصد تطهیره أم لا- لم تجر فیه أصاله الصحه و هکذا لکلام فی قاعده الفراغ فإنها لا تجری مع الشک فی أصل وجود العمل أو فی قصد عنوانه بل إنما تجری مع الشک فی صحته و فساده من ناحیه الشرائط أو الموانع بعد إحراز أصل وجوده.

و لا شبهه فی أن هذه الکبری لا تنطبق علی ما نحن فیه لانه بناء

على دعوى مولى الأب لم يتحقق فى الخارج معامله حقيقيه أصلا بل انما تحققت معامله صوريه و عليه فيكون شأنها شأن سائر المعاملات الصوريه كبيع الهازل و الساهى و الغالط و النائم و أشباهها و اذن، فعود العبد المبتاع رقا لمولاه لا يكون مخالفا لأصاله الصحه لكى بلزم منه تقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد.

اما المنع عن جريان الاستصحاب بقاعده من ملك شيئا ملك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۶۹

الإقرار به فلا يرجع الى معنى محصل لأن القاعده المذكوره لم ترد فى آيه و لا فى الروايه و لا انعقد عليها إجماع تعبدى لكى يؤخذ بها فى جميع الموارد، بل هى قاعده خاصه فقهيه مختصه بما إذا كان المالك باقيا على حاله الإقرار بالشى ء لو لا الإقرار به مثلا- إذا أقر زيد بكون ما فى يده من المال لبكر فهو باق على مالكيته للمقر به لو لا الإقرار و لا شبهه أن ما نحن فيه ليس كذلك بداهه أن العبد المأذون فى التجاره ليس مالكا- وقت الإقرار- بشراء أبيه بمال الورثه لأنهم لم يأذنوا فى ذلك و عليه فلا اعتبار بإقراره رأسا و ثانيا: أن العبد الذى اشتراء المأذون و أعتقه و جهّزه الحج عن المنوب عنه اما ملك لمواليه أو لمولى المأذون أو لصاحب المال، و لا شبهه فى انه لا يصح حجه عن الغير على جميع التقادير اما على الأولين فظاهر لانه عبد، فلا يصح حجه عن الميت بدون اذن مولاه، و على الثالث فالبيع فضولى و من الظاهر ان العاقد فضولا لا يجوز له التصرف فى الثمن و لا فى المثمن بالقبض و الإقباض و عليه فكيف يمكن الحكم بصحه المأذون

شراء الأب و عتقه عن- الميت و إرساله إلى الحج ليحج عن ذلك الميت؟ و لا ريب فى أن هذا كله مخالف للقواعد الفقهيه المسلمه و الظاهر انه لا جواب عن هذه المناقشه و لكن الذى يهون الخطب أن الروايه ضعيفه السند و غير منجبره بعمل الأصحاب لا صغرى لعدم فتوى الأصحاب على طبقها و لا كبرى لأنا ذكرنا فى علم الأصول أن عمل المشهور بروايه ضعيفه غير جابر لضعف سنده كما أن إعراضهم عن العمل بروايه صحيحه لا يوجب وهنها بل لا بد و ان تلاحظ الروايه فى نفسها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۷۰

فان كانت صحيحه أخذ بها و الا فلا لان ضم غير الحجه إلى مثلها لا يوجب الحجيه.

الوجه العاشر: حسنه الحلبى [۱]

الوارده فى رجل اشترى ثوبا بلا شرط فكرهه و اقاله البائع بوضيعه جهلا بحرمته، ثم باعه بأزيد من ثمنه فإنه يجب عليه أن يرد الزائد إلى المشترى الأول فإن الحكم برد الزياده عليه الظاهر فى الاستحقاق مبنى على صحه بيع الفضولى لنفسه مع الإجازه اللاحقه و الا، فلا شى ء للمشترى من الزياده، لبطلان البيع إذ لم يكن البائع مأذونا فى بيع الثوب لكى يصح بدون الإجازه و على هذا فالروايه منزله على الغالب من لحوق الإجازه للبيع الواقع بالزياده على الثمن المطلوب له برد الثوب ليستحق تلك الزياده فلا بأس بدلالتها على ما نحن فيه.

و يرد عليه: أن الروايه غريبه عن بيع الفضولى إذ البيع- الواقع بالزياده ليس بفضولى لانه لو كان فضوليا لكان فضوليا من أصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوى الثمن المطلوب له برده و بين الزائد عليه لان معنى الإقاله انما هو انفساخ العقد من أصله

و رجوع كل من العوضين الى صاحبه الأول، و عليه فان تحققت

---

[۱] عن ابى عبد اللّه قال: سألته عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعه قال: لا يصلح له ان يأخذه بوضيعه فإن جهل فأخذه و باعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد. حسنه بإبراهيم بن هاشم الكافى ج ۵ باب بيع المتاع و شرائه ص ۱۹۵ و يب ج ۲ باب النقد و النسيه ص ۱۳۳ و الوسائل باب ۱۷ من أبواب أحكام العقود.

الإقاله فى مورد الروايه انفسخ العقد بالمره و يرجع كل من العوضين الى صاحبه و الا فلا، و حيث ان المفروض فى مورد الروايه هو بقاء الثوب على ملك المشترى لبطلان الإقاله بالوضيعه أو الزياده فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكا للبائع فى فرض الوضيعه و كون الزائد ملكا للمشترى فى فرض الزياده.

و على هذا الضوء لو أخذ البائع المتاع بوضيعه و باعه من شخص آخر كان البيع فضوليا من أصله لا بالنسبه إلى الزائد على الثمن المطلوب للمشترى و عليه فان اجازه المشترى حكم بصحته و الا فيحكم بفساده.

و يضاف الى ذلك انه يمكن ان يكون للمشترى غرض خاص من الاستقاله فإذا لم يقبلها البائع حين الاستقاله فاته ذلك الغرض و اذن فلا تؤثر إقالته بعد مده طويله خصوصا مع ترق القيمه السوقيه.

هذا كله ما يرجع الى الاستدلال بالروايه على صحه بيع- الفضولى و اما معناها فهو ان المشترى قد اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا، فكرهه ثم رد على صاحبه فأبى أن يقبله إلا

بوضيعه فحكم الامام (ع) بعدم جواز الإقاله بالوضيعه و أما إذا كان المتبايعان جاهلين بذلک فاقالا بالوضيعه فالإقاله، و ان كانت فاسده واقعا و لكن يستكشف منها أن المشترى قد أذن للبائع فى بيع الثوب سواء أ كان أقل من الثمن الأول أم كان مساويا له أم زائدا عليه غايه الأمر أنه إعطائه للبائع بعنوان الإقاله مع الجهل ببطلانها مع الوضيعه فباعه البائع لنفسه متخيلا انه ملكه، فتكون ذلک من قبيل الخطا فى التطبيق.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۷۲

و دعوى أن البائع لم يقصد كون البيع للمشترى فيبطل من هذه الناحيه، دعوى فاسده لما ذكرناه فى الجزء الثالث أن حقيقه البيع انما هى اعتبار تبديل شى ء بشى ء فى جهه الإضافه و إظهاره بمظهر خارجى من اللفظ و غيره و لا شبهه فى تحقق هذا المعنى بدخول العوض فى ملک من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس بلا احتياج الى تعيين مالک الثمن أو تعيين مالک المثمن إذ لم يقم عليه دليل عقلى أو نقلى و عليه فتعيين العوض و القصد إليه يغنى عن تعيين المالک و القصد اليه و لا يفرق فى ذلک بين صدور العقد من نفس المالک أو من غيره.

و بتعبير آخر: ان اقتران العقد بالرضا و ان لم يخرج العقد عن الفضوليه كما عرفت آنفا و لكن وجود الاذن السابق على العقد يخرجه عن الفضوليه و لا شبهه فى وجوده فى مورد الروايه للقرينه عليها منها و هى: أن الروايه قد دلت مطابقه على أن المشترى قد اذن لشخص البائع فى أخذ الثوب بالوضيعه و دلت بالدلاله الالتزاميه على جواز الأخذ لغير البائع أيضا إذ لا فارق بينهما فى ذلک جزما

بل قد يكون بيعه من غير البائع أولى و ارضى لأن المشترى لما رضى ردّه على البائع بوضيعه رضى بيعه من غيره بأكثر من ثمنه الأول بالأولويه القطعيه و المفروض فى مورد الروايه أن البائع قد باع الثوب بأكثر من ثمنه، فيكون هذا البيع مرضيا للمشترى قطعا.

فتحصل أن الروايه غير مربوط بالبيع الفضولى بوجه.

ثم احتمل شيخنا الأستاذ ثانيا بأنه: (يحتمل أن يكون البائع قد اشتراه من المشترى ثانيا، فيكون ردّ الزائد استحبابيا و يشهد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۷۳

لهذا قوله (ع) صاحبه الأول فإن التعبير بصاحبه الأول لا يناسب مع كون الثوب ملكا للمشترى فعلا).

و الظاهر أن منشأ هذا الاحتمال انما هو إرجاع الضمير فى كلمه (صاحبه) الى لفظ (الثوب)، فيكون معنى الروايه حينئذ ان البائع يرد الزائد الى صاحب الثوب، و عليه فتدل الروايه على ان من اشترى شيئا بثمن ثم باعه بإزيد منه فيستحب له أن يرد الزائد على المالك الأول.

و لكن يتوجه عليه أولا- أن الظاهر من سياق الروايه هو رجوع الضمير الى لفظ صاحبه الذى ذكر فى السؤال مرتين و أريد منه البائع و المراد من لفظ صاحبه الذى فى الجواب هو المشترى و- عليه فمعنى الروايه هو ان البائع يرد الزائد على رفيقه و قرينه الذى هو المشترى.

و ثانيا: أن الثوب لو كان للبائع من ناحيه البيع الثانى لم يبق مجال لقوله (ع) (لا يصلح له أن يأخذ بوضيعه فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد)، إذا- المفروض أن الثوب ملك للبائع و قد اشتراه من المشترى الأول ثانيا بأقل من الثمن الذى باعه منه أولا و لا شبهه فى صحه هذه

المعامله لأنها ليست بإقاله، لكى لا تجوز بالوضيعه مع العلم و يرد الزائد لو أخذه جهلا و باعه بأزيد من الثمن الأول.

و ثالثا: أن إرجاع الضمير الى الثوب لا يرفع اللغويه بل يستلزمها إذ بناء على هذا الاحتمال فالثوب له مالكان أحدهما المشترى الأول، و ثانيهما البائع، و حيث انه لا معنى لرد البائع ماله على

نفسه، فيكون ذلك قرينه على ان المراد من قوله (ع) و يرد على صاحبه هو المشترى و حينئذ فلا يبقى مجال لتوصيف ذلك بلفظ- الأول و الا فيكون لغوا و اما إذا أرجعنا الضمير الى لفظ صاحبه المذكور فى السؤال و أريد منه البائع فإنه حينئذ لا تلزم اللغويه، لأن الثوب له صاحبان الصاحب الأول، و هو الذى اشترى الثوب من البائع أولا- و الصاحب الثانى و هو الذى اشترى الثوب منه ثانيا، فإذا قيد لفظ صاحبه بكلمه الأول أريد منه المشترى الأول و عليه فتكون هذه الجمله قرينه على ما ذكرناه لا على ما ذكره شيخنا الأستاذ.

الوجه الحادى عشر: روايه «۱» عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه

اشاره

قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن السمسار ا يشترى بالأجر فيدفع اليه الورق و يشترط عليه انك ان تأتى بما تشترى فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشترى ثم يأتى بالمتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال: لا بأس و قد جعلها المصنف مؤيده لصحه بيع الفضولى

و حاصل كلامه أن فى الروايه احتمالات شتى:

الأول: أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه،

فيكون أخذ الورق من صاحبه حينئذ بعنوان القرض لكى يبيع منه من الأمتعه ما يرضى به و يوفيه دينه و لا ينافيه قول السائل و يشترط عليه ان تأت بما تشترى فما شئت أخذته و ما شئت تركته لان ذلك لا يزيد

---

(۱) الكافى ج ۵ من ط ۲ ص ۱۹۶ التهذيب ج ۲ ص ۱۳۳ و الفقيه و الوسائل باب ۲۰ من أبواب أحكام العقود حديث ۲.

على الوعد فلا دلاله فيه على كون البيع لصاحب الورق كما أنه لا ينافيه توصيف لفظ السمسار بلفظ بالأجر و فرضه فى الروايه

ممن یشتری به فان التوصیف المزبور انما هو بلحاظ أصل حرفته و صناعته لا بملاحظه هذه القضیه الشخصیه و حینئذ فیکون القید توضیحیا لا احترازیا.

الثانی: أن یکون الشراء لصاحب الورق

بان یکون الدلال وکیلا عنه فی ذلک الشراء و لکنه یجعل لنفسه الخیار علی بائع الأمتعه بتوسط السمسار بأن یلتزم بالبیع فیما یرضی به و یفسخه فیما یکرهه.

الثالث: ان یکون الشراء أیضا لصاحب الورق و لکن لا یکون السمسار مأذونا من قبله فی ذلک

بل یکون البیع فضولیا و لا ینافیه دفع الورق الی الدلال لان دفعه الیه لا یعد إذنا فی الشراء و لا توکیلا فیه إذ یمکن ان یکون ذلک لمجرد تمکین الدلال من الشراء أو یکون ذلک بعنوان الأمانه أو حصول الاطمئنان للدلال بوصول ثمن ما یشتریه منه الیه و اما فائده الشرط علیه من أخذ ما یریده و ترک ما یکرهه عدم مطالبه الأجر منه علی عمله أو حذرا من إبائه و امتناعه عن ذلک.

و علی هذا فیکون صاحب الورق مخیرا بین الرد و الإمضاء فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه کلها فترک الاستفصال مع الإجمال فی السؤال یقتضی بعموم الحکم لجمیع المحتملات التی منها- احتمال کون الشراء فضولیا.

و یرد علیه: أن ترک الاستفصال انما یفید العموم إذا کان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۷۶

مورد السؤال ذا شقوق شتی فأجاب عنها الامام (ع) بجواب واحد بلا استفصال بینها فذلک یکشف عن اتحاد جمیع تلک الشقوق فی الحکم و الا فیلزم منه الإغراء بالجهل و اما إذا لم یکن السؤال ذا شقوق شتی بل کان الجواب محتملا لها، فلا وجه لکشف العموم عن ترک الاستفصال و هذا ظاهر لا خفاء فیه.

و یضاف الی ذلک أن الروایه ظاهره فی الاحتمال الثانی و أن الشراء انما هو باذن صاحب الورق غایه الأمر انه جعل لنفسه الخیار علی صاحب المتاع و قد عرفته آنفا و اذن فلا إشعار فی الروایه بصحه بیع الفضولی فضلا عن دلالتها علیها أو تأییدها لها.

و

هنا احتمال آخر ذكر المحقق صاحب البلغه و جعله أظهر الاحتمالات و هو وقوع الاشتراء بالمساومه و إطلاقه عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشارفه و يكون دفع الورق لطمأنينه السمسار و هو كثير الوقوع سيما مع الدلال و السمسار انتهى.

و هذا الاحتمال أيضا لا بأس به على ان الروايه غير نقيه- السند.

الوجه الثانى عشر: ما ورد فى استرباح الودعى الجاحد للوديعه من ردها بربحها الى المالك المودع

فعن مسمع أبى سيار قال:

قلت لأبى عبد اللّه (ع) انى كنت استودعت رجلا مالا، فجحدنيه و حلف لى عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال هذا مالك فخذه و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل فأخذت المال منه و أبيت أن آخذ الربح و أوقفت المال الذى كنت استودعته و أتيت حتى

أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: فقال: خذ الربح و أعطه النصف و أحله ان هذا رجل تائب و اللّه يحب التوابين و الروايه «۱» ضعيفه بالحسن بن عماره.

و وجه الاستدلال هو ان أخذ الربح الظاهر فى الاستحقاق لا يصح الا على صحه بيع الفضولى مع الإجازه اللاحقه و الا فلا شى ء للمالك من الربح فكان الروايه منزله على الغالب من لحوق الإجازه من المالك عند ظهور الربح ليستحق الربح.

و فيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند كما مر فلا يمكن الاستناد إليها فى الحكم الشرعى.

و ثانيا: أن الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على وقوع المعامله على عين الوديعه اما بنحو المعاطاه أو بالعقد اللفظى و لكن لا قرينه فى الروايه على ذلك.

الوجه الثالث عشر: ما ورد من التصدق بمجهول المالك و اللقطه

من أنه إذ ارضى المالك بعد ظهوره كان له و الا ضمنه المتصدق.

و فيه: أنه لا شبهه فى صحه التصدق هناك للإذن الشرعى و ان لم يرض به المالك و انما الرضاء يؤثر فى عدم الضمان تعبدا كما أن عدمه يؤثر فى عدمه كذلك.

و اما ما ورد من نفوذ الوصيه بما زاد عن الثلث من نفوذها بإجازه الورثه، فأيضا غير مربوط بالبيع الفضولى و انما الإجازه هناك

(١) الوسائل باب

۱۰ من الوديعه و الوافی ج ۱۰ ص ۱۱۹ و التهذيب ج ۲ ص ۱۶۷ و الفقيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۷۸

شرط فی نفوذ تصرف الميت لنفسه فهذا ظاهر.

هذه هی الوجوه التی استدل بها علی صحه بيع الفضولی و قد اتضح لک مما تلوناه عليک انه لا يتم شی ء منها و انما العمده هی العمومات و المطلقات و سيتضح لک قريبا بطلان ما استدل به علی فساد بيع الفضولی و انه لا يصلح لتخصيص العمومات و تقييد المطلقات و اذن، فالحكم بصحه بيع الفضولی انما هو من ناحيه العمومات و المطلقات الداله علی صحه العقود و لزومها علی النحو الذی عرفته سابقا.

و قد استدل علی بطلان بيع الفضولی و عدم صحته بالإجازه اللاحقه بوجوه عديده من الأدله الأربعه

اما الكتاب فقوله تعالی لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

و وجه الاستدلال بها علی المقصود بوجهين.

الأول انها قد دلت علی انحصار أكل مال الناس بالتجاره عن تراض

فالمعنی أنه لا يتصرف بعضكم فی أموال بعضكم الآخر بوجه من الوجوه فإنه باطل الا بوجه التجاره عن تراض فإنه جائز و لا شبهه فی انه لو لم يقصد هذا المعنی لزم الاجمال و قله- الارتباط بين المستثنی و المستثنی منه و من الظاهر ان بيع الفضولی ليس تجاره عن تراض فيكون أكل المال به الكلاله بالباطل.

و دعوی أن لحوق الإجازه به يدرجه فی التجاره عن تراض، دعوی فاسده لأنه لم يكن حين العقد مصداقا لها فالتحاق الإجازه بها لا يجعله مصداقا لها.

الوجه الثانی: سياق التحديد

فان كل وصف ورد فی مقام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۷۹

التحديد يدل علی اختصاص الحكم بمورد الوصف و ان لم نقل بمفهوم الوصف فان البحث عن ذلک انما هو فی ورود الوصف فی غير مورد التحديد و الا فلا شبهه فی ثبوت مفهومه و من الظاهر ان قيد- التراضی وصف ورد فی مورد التحديد فيدل علی انحصار جواز الأكل بمورد القيد فقط.

اما الوجه الأول فقد ناقش فيه المصنف بأن

دلاله الآيه على الحصر متوقفه على كون الاستثناء متصلا مع انه منقطع إذ لا يصح استثناء التجاره الصحيحه من التجاره الفاسده، فلا يستفاد حصر أكل المال بالتجاره عن تراض لكى يستفاد منه بطلان بيع الفضولى.

و فيه أولا: أن الاستثناء المنقطع من أوضح الاغلاط إذ لا يصح أن يقال ما رأيت عالما الا الجاهل و ما اتجرت تجاره فاسده إلا تجاره صحيحه فإنهما و أشباههما من الأغلاط الواضحه التى لا تصدر من الأخصائين فى الفصاحه و المدربين فى البلاغه بل هى لا تصدر ممن دونهم و لا توجد فى كلماتهم فضلا عن صدورها من اللّه العظيم و وجوده فى كتابه الكريم الذى

نزل بعنوان الاعجاز و التحدی حیث طلب النبی (ص) من جمیع البشر و الأمم أن یأتوا بمثله فعجزوا عن ذلک ثم تنزل عن هذه الدعوی و تحداهم الی الإتیان بعشر سور مثله مفتریات فلم یتمکنوا منه أیضا ثم تنزل عن ذلک و طالبهم أن یأتوا بسوره واحده مثله و أمرهم أن یدعوا شهدائهم و یصرخوا لیستنصروا منهم و یستعینوا بهم و لکن لم تنفعهم صارختهم و استغاثتهم و استعانتهم ثم عجزهم بقوله عزّ من قائل قُلْ لَئِنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَ الْجِنُّ إلخ فما کانوا مقرنین و مع ذلک کله کیف یرض المصنف بوجود

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۸۰

الغلط فی مثل هذا الکتاب الذی لا یَأْتِیهِ الْباطِلُ مِنْ بَیْنِ یَدَیْهِ، تعالی کلامه عز و جل عن ذلک علوا کبیرا و اذن فلیس الاستثناء الا قسما واحدا و هو الاستثناء المتصل و علیه فالاستثناء فی الآیه- الشریفه استثناء متصل و لو کان ذلک بالعنایه. و ثانیا: لو سلمنا کون الاستثناء علی قسمین و لکن الموجود فی آیه التجاره عن تراض استثناء متصل و ذلک لان الألفاظ المذکوره لیست إلا الأکل و الأموال و الباطل و التجاره و التراضی اما اللفظ الأخر فهو المستثنی و اما البواقی فلا یصلح شی ء منها لان یکون مستثنی منه و هذا ظاهر.

و اذن فلا- مناص الا- عن تقدیره فی الکلام و قد ذکرنا غیر مره ان دخول الباء السببیه علی کلمه الباطل و مقابلتها فی الآیه مع التجاره عن تراض قرینتان علی کون الآیه ناظره إلی فصل الأسباب الصحیحه للمعامله عن الأسباب الباطله کما أن المراد من الأکل لیس معناه الحقیقی أعنی به الازدراد بل هو کنایه عن تملک مال

النـاس من غير اسـتحقاق، و اذن فيكون المسـتثنى منه محـذوفا فى الآيه المباركه و هو أسـباب التجاره، و قـد حـذف و أقيم لفظ بالباطـل مقامه و نظير ذلك كثير فى القرآن و غيره و من ذلك قوله تعالى إِنْ تَكْفُرُوا فَإِنَّ اللّهَ غَنِيٌّ عَنْكُمْ، حيث حـذف الجزاء و أقيمت العله مقـامه و حينئـذ، فمفـاد الآـيه المباركه انه لا تتملكوا أموالكم بينكم بشـى ء من الأسـباب الا أن يكون ذلك السـبب تجـاره عن تراض فان التملك بغير هـذا السـبب باطل و عليه فتـدل الآيه على حصـر الأسـباب الصـحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض فيكون الاستثناء فيها متصلا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۸۱

و من هنا ظهر ما فى كلام المحقق الايروانى من أن الاستثناء منقطع حتى مع قطع النظر عن قيد بالباطل لان المراد من لا تأكلوا لا تأكلوا أموال الغير و بعد التجاره عن تراض ليس الأكل أكلا لمال الغير.

و ثالثا: لو سـلمنا كون الاستثناء فى الآيه منقطعا و سوق الآيه بحسب ظهورها البدوى إلى بيان القاعده الكليه لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجاره عن تراض و تظهر ثمره ذلك فيما لا يعـد فى نظر العرف من التجاره عن تراض و لا من الأسـباب الباطله فيكون مجملا و لكنه تعالى حيث كان بصـدد بيان الأسباب المشـروعه للمعاملات و تمييز صـحيحها عن فاسدها و كان الإهمال مخلا بالمقصود فلا محاله يسـتفاد الحصـر من القرينه المقاميه و تحصل أن الآيه- المباركه مسوقه لبيان حصـر الأسباب الصحيحه بالتجـاره عن تراض سواء أ كـان الاسـتثناء متصـلا أم كـان منقطعـا، فـدلاله الآيه على مفهوم الحصـر مما لا ريب فيه و هو بطلان التجاره عن غير تراض و منها البيع الفضولى

اما الوجه الثانى، فقد ناقش فيه المصنف:

بان سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد مع تسليمه انما يثبت فيما إذا لم يرد الوصف مورد الغالب و الا فلا مفهوم له و من الواضح ان الوصف فى الآيه الشريفه قد ورد مورد الغالب كما فى قوله تعالى وَ رَبَائِبُكُمُ اللَّاتِی فِی حُجُورِكُمْ لا للاحتراز لكى يكون له مفهوم و يضاف الى ذلك احتمال أن يكون عن تراض خبرا، ثانيا لتكون بناء على نصب تجاره كما هو المنقول عن قراءه الكوفيين، لا قيدا للتجاره و حينئذ فيلزم وقوع الأكل و التصرف بعد التراضى سواء تقدم على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۸۲

التجاره أم تأخر عنها إذا المعنى حينئذ الا أن يكون سبب الأكل تجاره و يكون عن تراض انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه على الوجه الأول، أنه لا شبهه فى ثبوت مفهوم- الوصف و الا لكان القيد لغوا و لكن فائده القيد ليست انتفاء الحكم عند انتفائه بل فائدته انما هى الدلاله على عدم ثبوت الحكم للطبيعه الساريه مثلا إذا قال المولى لعبده أكرم العالم ليس معناه إثبات وجوب الإكرام للعالم و نفيه عن غيره، بل معناه انما هو ثبوت وجوب الإكرام للإنسان العالم لا لطبيعه الإنسان و أضف الى ذلك انا لو سلمنا عدم دلاله الوصف على المفهوم و لكن ذلك فيما لا قرينه على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و الا فلا شبهه فى ثبوته كما إذا ذكر الوصف فى مقام التحديد لان وقوعه فى مقام التحديد قرينه مقاميه على اختصاص الحكم بمورد الوصف و لو قلنا بعدم ثبوت المفهوم له.

و الوجه فى ذلك هو أن الحد لا بد و أن يكون جامعا للافراد و مانعا عن

الأغيـار و من الظـاهر أنه لو لم يكن مفهوم للوصف لما كان كـذلك و من هـذا القبيل قوله عليه السـلام كر من الماء فى جواب السائل عن الماء الذى لا ينجسه «۱» شى ء، فان الإمام (ع) ذكره فى مقام تحديد الماء الذى لا ينفعل فيدل على انتفاء الحكم عند انتفـاء القيـد و ذكر التراضـى فى الآـيه الكريمه من القبيـل المـذكور لما عرفته آنفا من انها متوجه الى فصل الأسـباب الصـحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله لها و حصر أسبابها الصحيحه بالتجاره عن تراض و

---

(۱) الوسائل باب ۹ من أبواب الماء المطلق.

اذن فلا شبهه فى قيام القرينه على كون قيد التراضى مسوقا الى تحديد الأسباب الصحيحه للتجاره و حصرها بالتجاره عن تراض.

و يتوجه على الوجه الثانى، انه لا يفرق فى دلاله الآيه على اعتبار التراضـى فى التجاره و تقييـدها به بين كون لفظ عن تراض قيدا للتجـاره و بين كونه خبر ثانيـا لتكون، فـإنه على كل تقـدير تـدل الآيه الشـريفه على بطلان التجاره غير الناشـئه من الرضا و طيب النفس.

نعم إذا كان لفظ عن تراض خبرا بعد خبر لتكون خرج ذلك عن دائره مفهوم الوصف إذ المفروض أن التجاره حينئذ لم تتصف بالتراضى و لكن ذلك لا يمنع عن دلاله الآيه على اعتبار الرضاء فى أسباب النقل و الانتقال على النحو الذى ذكرناه.

على ان احتمال كون عن تراض خبرا ثانيا لتكون بعيد فى نفسه و مخالف لظاهر الآيه.

و من هنـا ظهر الجواب عمـا ذكره المحقق صـاحب المقـابيس من انه يمكن ان يكون التقـدير على كلتـا القرائتين الاـ (أن تكون تجاره كامله عن تراض أو ممضاه عن تراض فيندرج عقد الفضولى

فی الآیه لأن کماله و إمضائه بالإجازه و هذا نظیر ما حکی فی المجمع عن مذهب الإمامیه و الشافعیه و عن غیرهم من ان معنی التراضی- بالتجاره إمضاء البیع بالتفرق أو التخایر بعد العقد) فان هذا أیضا بعید عن ظاهر الآیه و التزام بالتقدیر بلا ملزم.

و التحقیق فی الجواب عن الاستدلال بالآیه علی بطلان بیع الفضولی ما أشار إلیه المحقق صاحب المقابیس و تبعه المصنف من

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۸۴

أن الخطاب فی الآیه الشریفه لملاک الأموال فیشترط وقوعها أی التجاره برضاهم و من البین الذی لا ریب فیه أن التجاره الصادره من الفضولی لا یطلق علیها أنه تجاره المالک الا بعد إجازته فإذا أجازها صارت تجاره عن تراض.

و بتعبیر آخر انا ذکرنا مرارا أن حقیقه البیع و التجاره لیست إنشاء خالصا و الا لصدق مفهوم البیع علی بیع الهازل و الساهی و أشباههما، و لا أنها عباره عن الاعتبار النفسانی المحض و الا لصدق مفهوم البیع علی الاعتبار النفسانی الصرف من دون إظهاره بمظهر خارجی، بل حقیقه البیع و التجاره هی الاعتبار النفسانی المظهر بمظهر خارجی و علیه فلو اعتبر أحد فی أفق نفسه تبدیل ماله بمال غیره و أظهره بمظهر خارجی صدق علیه مفهوم البیع و التجاره.

و من البدیهی أن هذا المعنی لا یصدر الا من المالک أو ممن هو بمنزلته کالوکیل و نحوه و اما بیع الفضولی قبل اجازه المالک، فهو لیس ببیع حقیقه بل صوره بیع الفضولی فلم یصدر منه الا الإنشاء و الصیغه و لا شبهه فی انه لا یطلق البیع و التجاره علی الإنشاء المحض کما عرفته و لا یقال أن الفضولی قد اتجر بالمال الفلانی و

باعه بمجرد إجراء الصيغه، الا بالعنايه و المجاز فإذا اجازه المالک کان بيعا و تجاره حقيقه للمالک لا للفضولی، فالبيع الفضولی بما انه بيع فضولی خارج عن الآيه و عن سائر العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها خروجا تخصيصا فلا دلاله فی الآيه لا على صحته و لا على فساده و بما أنه مجاز للمالک فتشمله الآيه و بقيه العمومات و لا تنافی بين خروج بيع الفضولی عنها قبل الإجازه و بين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۸۵

اتصافه بالصحه التأهليه.

و يمكن الجواب عن ذلک، بأن الآيه قد دلت على كون المدار على وقوع التجاره عن رضاء المتعاقدين، فتشمل جميع أقسامها و خرج من ذلک المتعاقدان اللّذان لم يأذن لهما المالک و لا أجاز عقدهما و بقى الباقى.

و كيف كان فلا دلاله فی الآيه على بطلان بيع الفضولی.

و اما السنه فهی اخبار كثيره،

منها النبوی المروی مستفيضا من الخاصه و العامه

و هو قوله (ص) لا تبع ما ليس عندک [۱] و وجه

---

[۱] عن سليمان بن صالح عن الصادق (ع) نهى رسول اللّه (ص) عن بيع ما ليس عندک ضعيف بسليمان بن صالح و عن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه فی مناهی النبی (ص) قال و نهى عن بيع ما ليس عندک ضعيف بشعيب بن واقد و غيره الوسائل باب ۷ من أبواب أحكام العقود و عن حكم بن حزام قال: قلت يا رسول اللّه (ص) يا يأتينی رجل يسألنی البيع ليس عندی ما أبيعه ثم أبيعه من السوق فقال: لا تبع ما ليس عندک و عنه فی روايه أخرى قال قلت: يا رسول اللّه (ص) الرجل يسألنی البيع و ليس عندی أ فأبيعه؟ قال لا تبع ما ليس عندک و

عنه فی روایه أخری قال قلت یا رسول اللّه انی اشتری بیوعا فما یحل لی منها و ما یحرم علی؟

قال فإذا اشتریت بیعا فلا تبعه حتی تقبضه و عنه أیضا عن رسول اللّه (ص) لا تبع طعاما حتی تشتریه و تستوفیه سنن احمد ج (۳) المطبوع بمصر و بها بهامشه منتخب کنزل العمال ص ۴۰۲ و عن منصور بن حازم عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) قال قال رسول اللّه (ص) لاـ عتق قبل ملک و عن ابن علوان عن الصادق (ع) عن أبیه (ع) قال قال لاـ طلاق لمن لا ینکح و لا عتاق لمن لا یملک بحار ج ۲۳ ص ۱۳۹ و ۱۴۱ عن الصفار انه کتب الی ابی محمد الحسن العسکری (ع)

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۸۶

الاستدلال به علی فساد بیع الفضولی هو ان النهی فیه إرشاد الی عدم نفوذ البیع لأنا ذکرنا مرارا أن النهی عن معامله إرشاد إلی بطلانها و المراد من عدم حضور المبیع عند البائع هو عدم تسلطه علی تسلیمه لعدم کونه مملوکا له، فیکون ذلک من قبیل ذکر الملزوم و اراده اللازم و علیه فیدل النبوی المزبور علی بطلان بیع مال الغیر سواء أباعه البائع لنفسه أم باعه لمالکه و علیه فشأن النبوی شأن قوله (ع) لا طلاق إلا فیما یملک و لا عتق الا فیما یملک و لا بیع الا فیما یملک بناء علی قراءه لفظ (یملک) بصیغه الفاعل کما هو الظاهر من السیاق حیث ان الطلاق قبل النکاح بنفسه غیر معقول لأنه إزاله علقه- الزوجیه فقبل تحققها لا یتوجه القصد إلی إزالتها و کذلک العتق و علیه فالمراد من الروایه هو طلاق زوجه الغیر

و عتق مملوكه و بيع

فی رجل له قطاع أرضین فیحضره الخروج إلی مکه و القریه بمراحل من منزله فوقع (ع) لا یجوز بیع ما لیس بملک و قد وجب الشراء من البائع علی ما یملک الوسائل باب ۲ من أبواب عقد البیع و عن عمرو بن شعیب عن أبیه عن جده عن النبی (ص) أنه قال لا ـ طلاق إلا ـ فیما یملک و لا عتق الا فیما یملک و لا بیع الا فیما یملک الخلاف ج (۱) مسأله ۲۷۵ ص ۲۲۲ و رواه فی المستدرک ج ۲ ص ۴۶۰ بأدنی تفاوت کافی و عن أبی بصیر عن ابی عبد اللّه (ع) قال کان الذین من قبلنا یقولون لا عتاق الا بعد ما یملک الرجل و عن محمد بن قیس عن أبی جعفر (ع) فقال لا یطلق الا ما یملک و لا یعتق الا ما یملک و لا یتصدق الا بما یملک و عن الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع) لا طلاق إلا بعد- نکاح و لا عتق الا بعد ملک الوافی ج ۱۲ باب ۱۶۴ من أبواب الطلاق ص ۱۵۶.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۸۷

ماله فضولا، فالمعنی أنه لا بیع الا فیما یملکه البائع قبل العقد و هذا موافق للأخبار المستفیضه الداله علی عدم وقوع الطلاق و العتاق الا بعد الملک و قد ذکرناها فی الحاشیه.

و اما بناء علی قرائته بصیغه المفعول- کما توهم- فالروایه خارجه عن المقام بل هی ناظره إلی المنع عن بیع ما لیس یملک کبیع السمک فی الماء و الطیر فی الهواء و کبیع الخمر و الخنزیر و کلب الهراش و طلاق الأجنبیه و عتاق الحر.

و یتوجه علیه أولا: ان

النبوی المزبور غیر نقی السند و لا انه منجبر بشی ء فلا یمکن الاستدلال به فی المقام.

و ثانیا: أن المراد من الموصول من قوله (ص) لا تبع ما لیس عندک، انما هو بیع العین الشخصیه عن نفسه ثم یشتریها البائع من مالکها و یسلمها إلی المشتری و ذلک لقیام الإجماع و الضروره علی بیع الکلی فی الذمه عن نفسه سلفا أو حالا و الشاهد علی ذلک من الروایه ما ذکره فی التذکره من ان النبی (ص) ذکر هذا الکلام جوابا لحکیم بن حزام حین سأله عن أن یبیع الشی ء ثم یمضی و یشتریه و یسلمه و علیه فیختص النبوی بالبیع الشخصی و لکن قد أخطأ العامه فی تطبیقه علی بیع الکلی فی الذمه حالا.

و ثالثا: انا لو سلمنا الجمود فی ظاهر الموصول و اراده المنع عن بیع ما لم یکن فی ید البائع سواء أ کان مملوکا له أم لا و سواء أ کان کلیا فی الذمه أم کان جزئیا خارجیا و سواء أ کان مقدور التسلیم أم لا، و لکن لا بد من تخصیصه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۸۸

بالنصوص [۱] الظاهره فی جواز بیع الکلی الذی لیس عنده المعتبره عن کون المنع عنه مذهب العامه حیث ناقضهم الامام (ع) ببیع السلف و أن صاحبه باع ما لیس عنده و علیه فیکون المراد من النبوی بعد تقییده ما هو المراد من الروایات [۲] المانعه عن بیع العین الشخصیه قبل تملکها و من هنا

---

[۱] عن عبد الرحمن بن الحجاج قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یشتری الطعام من الرجل لیس عنده فیشتری منه حالا قال لیس به بأس قلت انهم یفسدونه

عندنا قال و أيّ شى ء يقولون فى السلم قلت لا يرون به بأسا يقولون هذا إلى أجل فإذا كان الى غير أجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح فقال فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود (أحق به) ثم قال لا بأس بان يشترى الطعام و ليس هو عند صاحبه حالا و الى أجل فقال لا يسمى له أجلا الا ان يكون بيعا لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه فى غير زمانه فلا ينبغى شراء ذلك حالا صحيح و عنه قال قلت لأبى عبد اللّه (ع) الرجل يجيئنى يطلب المتاع فأقاله على ثم أشتريه فأبيعه منه فقال أ ليس إنشاء أخذ و ان شاء ترك قلت بلى قال فلا بأس قلت فان من عندنا يفسده. ان أبى كان يقول لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه حسنه بإبراهيم بن هاشم و عن ابى الصباح الكنانى عن الصادق (ع) فى رجل اشترى من رجل مأه من صفرا بكذا و كذا و ليس عنده ما اشترى منه قال لا بأس به إذا وفاه الذى اشترط عليه و رواه- بسند آخر فى باب ۵ من أبواب السلف الوسائل باب ۷ من أبواب أحكام العقود و عن هشام بن سالم عن ابى عبد اللّه (ع) قال سأل عن رجل باع بيعا ليس عنده إلى أجل و ضمن البيع قال لا بأس به صحيح الوسائل باب ۵ من أبواب السلف.

[۲] عن خالد بن الحجاج قال قلت لأبى عبد اللّه (ع) الرجل يجى ء فيقول اشتر هذا الثوب أربحك كذا و كذا قال أ ليس إنشاء ترك و ان شاء أخذ؟ قلت بلى قال لا

بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام، مجهول بيحيى و عن معاويه بن عمار قال قلت لأبى عبد اللّه (ع) يجيئنى

اتضح لك أن المنع عن بيع ما ليس عند البائع مطلقا سواء أ كان المبيع كليا أم كان شخصيا انما هو مذهب العامه [۱] و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من ان بيع الكلى سلفا أو حالا جائز باتفاق الفريقين فان هذا الكلام اما سهو من لسان شيخنا الأستاذ أو من قلم مقرر بحثه و انما العصمه لأهلها.

و رابعا: أن نهى المخاطب عن بيع ما ليس عنده دليل

الرجل يطلب منى بيع الحرير و ليس عندى منه شى ء فيقاولن عليه ثم اذهب فاشترى له الحرير فأدعوه إليه فقال أ رأيت أن وجد بيعا هو أحب إليه مما عندك ا يستطيع ان ينصرف اليه و تدعه؟ قلت:

نعم قال فلا بأس صحيح و عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل طلب عن رجل ثوبا بعينه قال ليس عندى هذه دراهم فخذها فأشتريها فأخذها فاشترى بها ثوبا كما يريد ثم جاء به ا يشتريه منه؟ فقال أ ليس ان ذهب الثوب فمن مال الذى أعطاه الدراهم؟

قلت بلى قال إنشاء اشترى و ان شاء لم يشتر؟ قلت نعم قال لا بأس به الوسائل باب ۸ من أبواب أحكام العقود.

[۱] قال فى شرح الهدايه: ج ۵ ص ۳۲۴ ان السلم عقد مشروع بالكتاب و بالسنه و هو ما روى أنه عليه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان و رخص فى السلم و القياس و ان كان يأباه. و لكنا تركناه بما رويناه، و وجه القياس

أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه انتهى. و فى شرح فتح القدير ج ۵ ص ۱۹۱ منع عن بيع السمک قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه و فى ص ۱۹۲ منع عن بيع الطير فى الهواء لانه غير مملوک قبل الأخذ و فى الفقه على المذاهب الأربعه ج ۲ ص ۳۴ و حكم السلم الجواز فهو رخصه مستثناه من بيع ما ليس عند بائعه و دليل جوازه الكتاب و السنه؟ و الإجماع و فى ص (۲۴۰) عن الحنفيه و من البيع الباطل بيع ما سيملكه قبل ملكه لأنه إنما يبيع شيئا معدوما لا يقدر على تسليمه و هو باطل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۹۰

على عدم وقوعه مؤثرا فى حقه، فلا يدل على الغايه بالنسبه إلى المالك و بقائه على أهليته لتعقب الإجازه منه، و بعباره اخرى:

ان مفاد النبوى هو عدم الصحه الفعليه المقتضيه للقبض و الإقباض لا عدم الصحه التأهليه الاقتضائيه التى هى مورد البحث فى بيع الفضولى.

ثم ان بيع العين الشخصيه على قسمين الأول أن يكون المبيع شيئا معينا و مالا مشخصا عند شخص معلوم، فباعه البائع لنفسه ثم يمضى ليشتريه منه و يسلمه إلى المشترى.

الثانى: أن يكون المبيع مشخصا عند شخص معلوم كالقسم الأول- و لكن باعه البائع لمالكه فضولا.

و الظاهر أن مورد النبوى المانع عن بيع ما ليس عند البائع انما هو القسم الأول لأن إراده القسم الثانى مبنى على أن يكون المراد من البيع المنهى عنه فى النبوى، هو الإنشاء الساذج مع انه مخالف لظاهره، فيحتاج ارادته الى العنايه و المجاز بل الظاهر من النبوى هو النهى عن إيجاد حقيقه البيع التى يتوقف حصولها على النقل

و الانتقال فى الخارج و اما مجرد الإنشاء الصادر من الأجنبى فلا يكون بيعا إلا بالإجازه اللاحقه.

و بتعبير آخر: أن النبوى ظاهر فى اشتراط الملک و السلطنه لمن له البيع لا للعاقد عنه، فلا يكون شاملا للفضولى المتوقف على اجازه المالک.

و لو تنزلنا عن ذلک و قلنا: بعدم ظهوره فى القسم الأول و لکن لا ظهور له فى القسم الثانى أيضا، فيرجع فيه الى العمومات

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۹۱

الداله على صحه العقود، و اما القسم الأوّل فيرجع فيه الى الرّوايات الداله على المنع عن بيع الشخصى الّذى هو غير موجود عند البائع.

و مع الإغماض عن ذلک، فلا دلاله فى النبوى على بطلان بيع الفضولى و ذلک لان الظاهر من منع البائع عن بيع ما ليس عنده انما هو استناد البيع اليه و کونه له کما عرفته آنفا و من البين أن هذا لا ينافى صحه بيع الفضولى صحه تأهليه بحيث يستند إليه بالإجازه اللاحقه.

و لو أغمضنا عن ذلک أيضا و لکن النبوى ليس نصا فى بطلان بيع الفضولى بل دلالته عليه انّما هو بالإطلاق فنقيده بالأدله الخاصه الداله على صحه بيع الفضولى و عمدتها صحيحه محمد بن قيس المتقدمه و اذن فيختص النبوى بالقسم الأول فقط.

و لو تنزلنا عن ذلک أيضا و قلنا بکون النبوى نصا فى فساد بيع الفضولى وقعت المعارضه بينه و بين ما دل على صحه بيع الفضولى فيؤخذ بالثانى لکونه موافقا للکتاب و مع عدم المرجح فى البين- فيتساقطان و يرجع الى العمومات، و قد عرفت فى أول المسأله أن بيع الفضولى مشمول لها فيحکم بصحته من هذه الناحيه.

و قد ظهر مما ذکرناه الجواب عن الاستدلال على بطلان

بیع الفضولی بالروایات الداله علی المنع عن بیع مالا- یملک بناء علی قراءه یملک بصیغه الفاعل لا المفعول فیراد من قوله علیه السلام فی صحیحه الصفار المتقدمه قریبا لا یجوز بیع ما لیس تملک عدم استناد البیع الی العاقد غیر المالک و هذا لا ینافی استناده الی المالک بالإجازه اللاحقه فلا وجه لما ذکره فی الحدائق عند التعرّض لصحیحه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۹۲

الصفار من ان (الأصحاب قد أفتوا فی هذه المسأله التی هی مضمون هذه الروایه بلزوم البیع فیما یملک و وقوفه فیما لا یملک علی الإجازه من المالک بمعنی انه صحیح، لکونه فضولیا موقوفا فی لزومه علی اجازه المالک و الروایه کما تری تنادی بأنه لا یجوز الدال علی التحریم و لیس ثمه مانع موجب للتحریم سوی عدم صلاحیه المبیع للنقل بدون اذن مالکه) إذ یمکن أن یراد من الجواز المنفی عدم النفوذ الوضعی کما فهمه الأصحاب فان اراده النفوذ من الجواز شائع و إذا احتمل هذا المعنی، فلا یبقی فی الصحیحه ظهور فیما ذکره صاحب الحدائق فضلا عن أن ینادی لفظ لا- یجوز بأعلی صوته من المکان المرتفع بالتحریم التکلیفی.

و قال شیخنا الأستاذ: (ثم لا یخفی أنه لو سلم دلالتها، فلا یمکن تخصیصها بالأدله الداله علی صحه الفضولی لأن تعارضهما لیس بالعموم و الخصوص المطلق، بتقریب أن مفاد الأدله المانعه هو ان بیع مال الغیر لا یجوز سواء قصد لنفسه أم للمالک و سواء أجاز أم لم یجز و مفاد الأدله المجوزه صحه البیع للمالک إذا أجاز لأنه لم یکن البیع لنفسه أو للمالک بلا اجازه محلا لتوهم الصحه حتی یرد المنع بنحو العموم، بل التعارض بینهما بالتباین فإنه لو

سلم إطلاق هذه الروايات و شمولها لما إذا قصد الفضولى البيع للمالك أو لنفسه مع المنع و عدمه فلا إشكال فى شمول الروايات الداله على الصحه لجميع الاقسام).

و لكن يتوجه عليه: أن تخصيص الأدله المجوزه بصوره كون البيع لمالك مع لحوق الإجازه ان التخصيص لأجل ما ذكر انما يصح فيما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۹۳

إذا لم يتعارف فى الخارج بين الإنسان مال غيره عن نفسه مع انه كان متعارفا فى زمان الجاهليه بل فى جميع الأزمنه، و قد جرت عليه سيره الجهال و الفساق و غير المبالين فى أمر الدين حيث انهم يرون الأسباب غير المشروعه مملكه كالغرر و القمار و الغصب و السرقه و الخيانه و أشباهها بل ربما يستملكون أموال الناس بلا مملك شرعى و لا عرفى و يعاملون معها معامله أموالهم. و قد يقال: ان النسبه بين ما دل على صحه بيع الفضولى و بين ما دل على فساده هى العموم من وجه- كما فى حاشيه المحقق الايروانى- و إليك نصه: (أن المنفى فى هذه الاخبار لو كان هو البيع لنفسه كانت هذه الاخبار أخص من هذه الجهه و ان كانت أعم من حيث اجازه المالك، فتكون النسبه عموما من وجه و تقديم تلك على هذه ليس اولى من العكس بتقديم هذه و الحكم ببطلان البيع لنفسه و ان أجاز المالك كما قالوه فى بيع الغاصب).

و فيه أن الاستدلال بالأخبار المانعه على بطلان بيع الفضولى انما هو مبنى على كون مفادها أعم من البيع لنفسه و البيع للمالك لأنها لو كانت مختصه بالبيع للمالك لكانت خارجه عما نحن فيه- بالكليه- و لم يبق مجال للتمسك بها على ذلك.

و قد عرفت

قبل الشروع بذكر أدله القولين أن هنا ثلاث مسائل:

الاولى أن يبيع للمالك الثانيه ان يبيع له مع سبق المنع عنه.

الثالثه ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب.

و كلامنا فعلا فى حول المسأله الاولى و اما البيع لنفسه الذى هو المسأله الثالثه فسيأتى البحث عنه قريبا، و كيف كان فلا وجه

لتخصيص الأدله المانعه لصوره البيع لنفسه و يضاف الى ذلك انه لم يذكر فى الاخبار المانعه و لا فى الاخبار المجوّزه كون البيع- للمالك مع لحوق الإجازه أو كونه للبائع و لم يصرح فيهما بشى ء من ذلك و اذن فلا وجه لتخصيص كل من الطائفتين بناحيه خاصه بل الظاهر منهما هو كون الطائفه المجوزه أخص من الطائفه المانعه لأن الأولى مختصه بصوره لحوق الإجازه من المالك و الثانيه أعم من ذلك.

على ان التعارض بالعموم من وجه يقتضى التساقط و الرجوع الى العمومات لا تقديم احد المتعارضين على الأخر.

و منها صحيحه محمد بن القاسم بن الفضيل

قال: سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال فليقل له ليمنعها أشد- المنع فإنها باعت ما لم تملكه «۱» حيث انها تدل على المنع عن بيع الإنسان ما لا تملكه، فتشمل الفضولى أيضا.

و فيه ان الصحيحه تدل على انه لا يجوز لبائع الفضولى ان يقبض الثمن، لا على بطلان بيعه بل يمكن ان يقال: انها مشعره بصحه بيع الفضولى حيث ان الامام (ع) قد علل المنع عن تسليم المال بأنه باع ما لم تملكه و من الظاهر انه لو كان البيع فاسدا لعلله بذلك لان التعليل بالأمر الذاتى

أولى من التعليل بالأمر

(١) التهذيب باب المكاسب ج ۶ ص ٣٣٩ و التهذيب القديم ج ٢ ص ١٠۶ و ٨۶٧ و للوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع.

العرض.

و منها روايه «١» الاحتجاج فإنه قد ذكر فيها الضيعه لا يجوز ابتياعها الا من مالكها أو بأمره أو رضى منه

فإنها تدل بمفهوم الحصر على بطلان البيع الفضولى لأنه لم يصدر من المالك و لا بأمره و لا برضاء منه.

و فيه أولا: ان الروايه ضعيفه السند من جهه الإرسال.

و ثانيا: انه يحتمل أن يراد من عدم الجواز عدم النفوذ كما فهمه الأصحاب فيمن باع ما يملك و ما لا يملك صفقه واحده حيث بنوا على النفوذ فى الأول و توقفه على اجازه المالك فى الثانى و لا ريب ان إطلاق الجواز و عدمه على النفوذ و عدمه شائع بين الفقهاء رضوان اللّه عليهم، و من ذلك قولهم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز أو نافذ و اذن، فالروايه تدل على عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك و عدم نفوذه منه و هذا لا ينافى استناده الى المالك بالإجازه اللاحقه بل قد عرفت آنفا ان البيع و الشراء لا- يطلقان على الإنشاء الساذج و عليه فالمراد من قوله (ع) لا- يجوز ابتياعها إلخ هو النهى عن ابتياع مال الغير حقيقه لا مجرد اجراء العقد عليه لفظا، فلا دلاله فيها على فساد بيع الفضولى من أصله بل ربما يقال:

بدلالتها على صحته، و ذلك لان الإمام عليه السلام قد تفصل بان ابتياع الأرض لا يصح الا بمباشره المالك أو بوكاله منه أو برضائه به على سبيل مانعه الخلو و من المعلوم ان المراد من الرضاء ليس هو

(١) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و قد ذكرنا مجموع الروايه سابقا.

الرضاء السابق على العقد لكنايه قوله (ع) و بأمر منه فى ذلك، و لا ان المراد منه هو الرضاء المقارن لعدم اعتباره فى صحه البيع و قد عرفته فيما سبق، فيكون المراد منه الرضاء المتأخر، و ان أبيت عن ظهور الروايه فى ذلك فلا- أقل من الاحتمال فتكون الروايه- مجمله.

و كيف كان فلا ظهور لها فى فساد بيع الفضولى.

و منها صحيحه محمد بن مسلم

عن ابى جعفر عليه السلام فى حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل و أهل الأرض يقولون هى أرضهم و أهل الأستان يقولون هى من أرضنا فقال لا تشترها الا برضاء أهلها [۱] حيث ان الامام (ع) منع عن شراء الأرض الا برضاء أهلها، فيكون الشراء من الفضولى فاسدا

و قد ظهر جوابه مما تقدم فان المنع عن الشراء من غير المالك لا ينافى استناد البيع الى المالك بإجازته إذ لا دلاله فى هذه الروايه على اعتبار الرضاء المقارن فى صحه العقد و كون الإجازه اللاحقه لاغيه، فلا وجه لما ذكره فى الحدائق، من صراحه الروايه فى تحريم الشراء قبل تقدم الرضاء ثم قال: و دعوى قيام الإجازه- المتأخره مقام الرضا السابق مع كونه لا دليل عليه مردود بما ينادى به الخبر من المنع و التحريم الا مع تقدم الرضاء.

---

[۱] فى حديث المناهى قال من اشترى خيانه و هو يعلم فهو كالذى خانها، و فى روايه سماعه قال سألته عن شراء الخيانه و السرقه فقال إذا عرفت انه كذلك فلا الا ان يكون شيئا اشتريت من

و منها الروايات «۱» الداله على عدم جواز شراء السرقه و الخيانه

و قد استدل بها و بغيرها فى الحدائق على بطلان بيع الفضولى و قال فى جمله ما ساقه من الكلام و إليك لفظ بعضه و هذه جمله من الاخبار الواضحه الظهور كالنور على الطور فى عدم جواز بيع- الفضولى و عدم صحته، و لو كان ما يدعونه من صحه بيع الفضولى و تصرفه بالدفع و القبض صحيحا و انما يتوقف على الإجازه لصرح به بعض هذه الاخبار أو أشير اليه و لاجابوا بالصحه و ان كان اللزوم موقوفا على

الإجـازه فی بعض هـذه الاخبـار ان لم یکن فی کلهـا مع انه لا أثر فیها لـذلک و لو بالإشاره فضـلا عن صـریح العباره، و قال فی موضع آخر- بعد نقل خبر سـماعه- و هذا نصه: (و قد نهی عن الشـراء و النهی دلیل التحریم و لیس ذلک الا من حیث ان المبیع غیر صالح للنقل لکون التصـرف فیه غصبا محضا و التصرف فی- المغصوب قبیح عقلا و نقلا و الأصحاب فی مثل هذا یحکمون بالصحه و الوقوف علی الإجازه و هل هو الا رد لهذا الخبر و نحوه؟ و لکنهم معذورون من حیث عدم اطلاعهم علی هذه الاخبار الاـ انه یشـکل هـذا الاعتـذار بالمنع من الفتوی الا بعـد تتبع الأدله من مظانها و الاخبار المـذکوره فی کتب الأخبار المتـداوله فی أیدیهم مسطوره) و الی غیر ذلک من الکلمات غیر الخالیه عن التعریض و إساءه الأدب

العامل، و عن جراح المدائنی عن الصادق (ع) قال لا یصـلح شراء السرقه و الخیانه إذا عرفت، و فی روایه أخری من اشتری سرقه و هو یعلم فقد شرک فی إثمها، و فی روایه قرب الاسناد عن رجل سرق جاریه ثم باعها یحل فرجها لمن اشتراها؟ قال إذا أنبأهم أنها سرقه فلا یحل و ان لم یعلم فلا بأس الوسائل باب (۱) من أبواب عقد البیع و شرائه.

---

(۱) الوسائل باب ۱ من أبواب عقد البیع و شرائه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۹۸

مع الأصحاب.

ثم قال فی آخر کلامه: و بالجمله فالقول بما علیه الشیخ و اتباعه من البطلان هو المختار کما دلت علیه صحاح الاخبار علی انا لا نحتاج فی الإبطال إلی دلیل بل المدعی للصحه علیه الدلیل کما هو

القاعده المعلومه بين العلماء جيل بعد جيل و قد عرفت ان أدلتهم لا تسمن و لا تغنى من جوع كما لا يخفى.

و يتوجه على الاستدلال بها على ما نحن فيه انها ظاهره فى إراده التملك من الابتياع المذكور بحيث تترتب عليه الآثار نحو ترتبها على الابتياع من المالک، فلا إشعار فى شى ء منها ببطلان بيع الفضولى فضلا عن الدلاله عليه و من نظر إليها بعين الانصاف و جانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه، و العجب من صاحب الحدائق مع تبحره فى الاخبار و غوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع انه من الوضوح بمكان بل هو كالنار على المنار، و أعجب من ذلک انه مع عدم فهمه محل النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولى تصرفا فى المغصوب ابتهج على ما يرومه كأنه عثر على ما لم يعثر عليه غيره، بل لم يكتف على ذلک حتى حمل على الأصحاب و رماهم الى عدم العثور على تلک الاخبار، و كونهم غير معذورين فى ذلک لوجود كتب الاخبار بين أيديهم و لنصب عيونهم، و لكنه غفل عن انهم سمعوها و دعوها الا انهم اطلعوا على ما هو المقصود منها و لم يقعوا على ما وقع عليه صاحب الحدائق من الاشتباه.

و من هنا قال فى الجواهر و هذه عبارته: (بل أطنب فيه المحدث البحرانى الا أنه لم يأت بشى ء بل مقتضى جمله من كلماته

التى أساء الأدب فيها مع مشايخه انه لم يفهم محل النزاع و تخيل أن القائل بالصحه يريد حصول أثرها من المالک و التمليک و جواز التصرف، و غير ذلک عدا اللزوم، فأبرق و

أرعد ثم ترنم و غرد و ساق جمله من النصوص الداله على خلاف ذلك محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها.

فتحصل: انه لا دلاله فی شی ء من تلک الاخبار على بطلان بیع الفضولی و لو سلمنا دلالتها على عدم جواز بیع مال الغیر فنخصصها بما دل على صحه بیع الفضولی، و على تقدیر التعارض و التساقط یرجع الى العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و قد عرفت ذلک کله فیما تقدم.

قوله: اما الروایتان.

أقول: المراد بهما روایتا خالد و یحیى الآتیتان فی بیع- الفضولی لنفسه لا التوقیعان المتقدمان ای توقیع الصفار و توقیع الحمیری.

و منها ما رواه الشیخ فی المجالس

بإسناده عن زریق قال:

کنت عند الصادق علیه السلام إذ دخل علیه رجلان الى ان قال:

فقال أحدهما: أنه کان على مال لرجل من بنی عمار و له بذلک ذکر حق و شهود، فأخذ المال و لم استرجع منه ذکر الحق و لا کتبت علیه کتابا. و وارثه حاکمونی. فیباع على قاضی الکوفه معیشه لی و قبض القوم المال. فقال: المشتری کیف اصنع فقال:

تصنع ان ترجع بمالک على الورثه و ترد المعیشه إلى صاحبها الحدیث الحدائق ج ۵ المتاجر ص ۷۵ قال فیها بعد نقل الحدیث: ان هذا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۰۰

الخبر و ان تضمن ان البائع هو الحاکم و هو صحیح بحسب الظاهر بناء على ما ورد عنهم (ع) من الأخذ بأحکامهم فی زمان الهدنه و التقیه الا أنه بعد ظهور الکاشف عن بطلانه و اعتراف الورثه بقبض الدین یکون من باب بیع الفضولی و هو کما سیأتی على قسمین:

أحدهما: ما یکون المشتری عالما بالغصب و انه لیس ملکا للبائع.

و ثانیهما: ان یکون جاهلا و ادعى البائع الاذن

من المالک و ما اشتمل علیه الخبر من القسم الثانی.

و لکن یتوجه علیه ان الروایه أجنبیه عن بطلان بیع الفضولی فإنها لیست مسوقه لبیان بطلان البیع حتی مع الإجازه اللاحقه، بل هی ناظره إلی بیان حکم الواقعه و أنه بعد کشف الخلاف، فلا بد و أن یکون یرجع المال المأخوذ بلا حق الی صاحبه.

قوله: الثالث الإجماع علی البطلان.

أقول: قد ادعاه الشیخ فی الخلاف کما عرفت فی أول المسأله و مع ذلک قد اعترف بأن الصحه مذهب جماعه من أصحابنا و لکنه اعتذر عن ذلک بعدم الاعتناء بخلافهم و هو محکی عن ابن زهره أیضا فی الغنیه و عن الحلی فی مضاربه السرائر عدم الخلاف فی بطلان شراء الغاصب إذا اشتری بعین المغصوب.

و یرد علیه أولا: ان دعوی الإجماع علی البطلان فی هذه المسأله موهونه جدا لعدم وجود القائل به غیر مدعی الإجماع و جمع قلیل من المتأخرین خصوصا مع مخالفه الشیخ فی النهایه التی قیل انها آخر کتبه و من هذه الفتوی یمکن استکشاف ما ادعاه من

الإجماع منقولا لا محصلا و اذن، فلا نظن وجود الإجماع فی المقام بل نطمئن بعدمه.

و یضاف الی ذلک انه لیس هنا إجماع تعبدی إذ من المحتمل القریب أن المجمعین قد استندوا فی ذلک الی بعض الوجوه المتقدمه أو جمیعها علی ان الإجماع لا یکافؤ ما تقدم من أدله الصحه.

قوله: الرابع ما دل من العقل و النقل علی عدم جواز، التصرف فی مال الغیر إلا بإذنه.

اشاره

أقول: قد استدل علی بطلان بیع الفضولی بالدلیل العقلی

و بیانه یحتاج الی مقدمات:

الاولی

(و الظاهر انه لا احتیاج الی هذه المقدمه) ان التصرف فی مال الغیر قبیح عقلا و نقلا و هذا ظاهر لا شبهه فیه.

الثانیه: ان الفضولی متصرف فی مال الغیر بالعقد علیه بدون إذنه

لأنه لم يقصد بعقده الهزل و الهذيان و الا كان أنشأه لغوا محضا و ساقطا عن درجه الاعتبار و انما قصد النقل و الانتقال حقيقه و لا ريب فی كون ذلك تصرفا.

الثالثه: أن التصرف فی مال الغير حرام

للروايات الداله على حرمه التصرف فيها بدون اذن مالكها

فنتيجه هذه المقدمات هی بطلان عقد الفضولی لأن النهی يقتضی الفساد كما حقق فی محله.

و فيه أولا: أن مجرد إنشاء البيع لا يعد تصرفا فی المبيع عند العرف لا تصرفا خارجيا و لا تصرفا اعتباريا سواء أ كان ذلك باذن المالك كالوكيل فی اجزاء الصيغه، أم كان بدون إذنه كالفضولی و ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۰۲

لان التصرف فی المال عباره عن إيجاد ما هو من شؤن المالك سواء أ كان ذلك تصرفا خارجيا كالأكل و الشرب و الاستظلال تحت الخيمه أم كان تصرفا اعتباريا كالبيع و الإجاره و نحوهما.

و هذا بخلاف الفضولی، فإنه و ان لم يكن هازلا فی إنشائه و لا غالطا و لا ساهيا و لا لاغيا و لا لاهيا و لا مستهزئا و لا سكرانا بل انما هو قصد البيع الا انه يرى نفسه نائبا عن المالك و باع ما له فضولا متوقعا لإجازته بحيث لا يصدق عنوان البيع على إنشائه صدقا حقيقيا الا بعد الإجازه التی بها يتحقق التصرف الاعتباری فی المبيع و يستند البيع الى المالك المجيز لا بالإنشاء الساذج الفضولی.

و ثانيا انا لو سلمنا كون الإنشاء الخالص تصرفا فی المبيع و لكنه لا دليل على حرمه التصرف فی مال الغير على وجه الإطلاق بقيام السيره العقلائيه على جواز الاستضلال بحائط الغير و الاستضاء بضيائه و الاصطلاء بناره و دق باب داره لاستعلام حاله و أشباهها

و لم يردع الشارع المقدس عنها جزما و اما أدله حرمه التصرف فى أموال الناس فهى منصرفه عنها قطعا.

ثالثا انا لو سلمنا كون الإنشاء تصرفا فى المبيع و سلمنا حرمته أيضا، و لكن ذلك فيما لم يستكشف جوازه من القرائن الحاليه أو المقاليه و الا، فلا شبهه فى جوازه بناء على أن مثل هذا الاذن لا يخرج العقد عن الفضوليه كما هو كذلك لأن الاذن قد تعلق- بالإنشاء لا بالمنشإ و الذى يخرج العقد عن الفضوليه انما هو الثانى دون الأول و عليه، فيكون الدليل أخص من المدعى الا ان يلتزم بصحه بيع الفضولى فى هذا المورد لعدم كونه مشمولا للدليل العقلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۰۳

و ببطلانه فى سائر الموارد، و لكن الظاهر أن القائلين بالفساد انما يريدون السلب الكلى و حينئذ فيكفى فى نقضه الإيجاب الجزئى.

و رابعا: أنا لو سلمنا جميع ما ذكر و لكن انما يحرم الإنشاء من الأجنبى مع العلم و العمد و اما مع الجهل بذلك أو مع الغفله عنه، فلا وجه لحرمته و من الظاهر أن مورد بحثنا أعم من ذلك و اذن، فيكون الدليل أيضا أخص من المدعى.

و خامسا: انا لو سلمنا ذلك أيضا و لكن النهى عن المعاملات لا يوجب الفساد و ان أصر عليه شيخنا الأستاذ و تفصيل ذلك فى محله نعم لو كان النهى إرشادا إلى فساد المعامله سواء أ كان- تحريميا أم كان تنزيهيا فلا شبهه فى دلالته على فسادها قد تقدّم ما يمسّ بالمقام. ص ۷۵ و سادسا: أن الفساد من قبل الفضولى و عدم استناد البيع اليه لا يستلزم الفساد من قبل المالك، و لا ينافى الصحه التأهليه و جواز

استناده الى المالک بالإجازه اللاحقه.

و قد يستدل على بطلان بيع الفضولى بأنه انما حكم ببطلان البيع الآبق من ناحيه تعذر التسليم

الذى هو شرط فى صحه البيع و من الواضح أن بيع مال الغير اولى بعدم الجواز، لفقد السبب و الشرط معا.

و فيه: انا نعتبر الملک و القدره على التسليم بالنسبه إلى المالک المجيز لا العاقد و الا لم يصح عقد الوكيل فى إجراء الصيغه فقط لانه ليس بمالک و لا قادر على التسليم و لا فارق بينه و بين الفضولى من هذه الناحيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۰۴

و قد يستدل على بطلانه بأن عقد للفضولى مشتمل على الغرر للجهل بحصول أثره و قد نهى النبى (ص) عن بيع الغرر.

و فيه أولا: أنه انما يلزم ذلک إذا حكمنا بلزومه و لكنه ليس يلازم و عليه، فيرتفع الغرر بجواز الفسخ و ثانيا: أن عمده الدليل على بطلان بيع الغررى انما هو الإجماع لأن النبوى ضعيف السند و غير منجبر بشى ء و المتيقن منه غير ما نحن فيه.

ثم انه ذكر السيد فى حاشيته عند قول المصنف (و الجواب أن العقد) لا يخفى ان الفضولى إنما يقصد النقل و الانتقال جدا مطلقا لا هزلا و لا معلقا على الإجازه و الا لم يكن صحيحا مع الإجازه أيضا و حينئذ فلا يبعد صدقه عليه عرفا كما يصدق على بيع الغاصب إلخ.

و يرد عليه أولا: ما ذكرناه سابقا من عدم كون ذلک تصرفا و لا يقاس ذلک ببيع الغاصب الذى يرى المال لنفسه و يبيع لنفسه لكن يستند البيع اليه و اين هذا من الفضولى.

و ثانيا: ان قوله و لا معلقا عليه سهو من القلم لما عرفته فى مبحث التعليق أن التعليق على ما هو دخيل فى صحه العقد لا يوجب بطلانه لأن صحه العقد

متوقفه واقعا على ذلك ثم انه ذكر هنا أمور لبطلان بيع الفضولي و لكن قد أغمضنا عنها إذ لا يهمنا- التعرض لها.

حكم بيع الفضولی مع سبق منع المالک

قوله (المسأله الثانيه أن يسبقه منع المالک.

اشاره

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۴، ص: ۱۰۴

أقول: المعروف و المشهور بين الفقهاء رضوان اللّه عليهم هو صحه بيع الفضولى مطلقا و حكى عن بعض التفصيل فى ذلك بين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۰۵

سبق المنع و عدمه و يشير اليه ما عن المحقق الثانى فى بيع الغاصب حيث احتمل الفساد نظرا إلى القرينه الداله على عدم الرضا و هى الغصب و يشير إليه أيضا ما حكى عن فخر الإسلام من انه زاد بعضهم اى بعض القائلين بصحه الفضولى عدم مسبوقيه الصيغه بنهى المالك و يظهر هذا فيما حكى عن العلامه فى نكاح التذكره من حمل النبوى أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر، بعد ما رماه الى ضعف السند على انه نكح بعد منع مولاه و كراهته له فإنه يقع باطلا و هذه العباره و ان سردها فى النكاح الا أنه لم يفرق بين النكاح و غيره، فيلزم أن يقول بمثله فى البيع أيضا.

و يتوجه عليه أولا- أن الظاهر من النبوى هو المنع عن مطلق الزواج الفضولى لا- عن الفضولى المسبوق بالمنع فقط و عليه فلا بدّ من تخصيصه على تقدير صحته بما دل على صحه عقد الفضولى.

و ثانيا: انا لو سلمنا تكافؤهما و لكن لا بدّ من تقديم أدله الصحه لضعف النبوى سندا و مع صحه سنده فيتساقطان فيرجع الى العمومات.

و ثالثا: أن الظاهر من النبوى انما هو المنع عن تزويجه و ترتيبه

آثار الزوجیه بلا استیذان و لا استجازه من مولاه و لا شبهه فی کونه زانیا و هذا لا ربط له بالفضولی المسبوق بالمنع.

ثم انه یقع البحث هنا فی جهتین

اشاره

الاولی: فی أنه هل هنا دلیل یقتضی صحه عقد الفضولی مع سبق المنع عنه من المالک؟

الثانی: فی أنه هل هنا ما یدل علی بطلان العقد بحیث یکون مانعا عن تأثیر ما یقتضی الصحه؟

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۰۶

اما الجهه الأولی، [أی وجود المقتضی علی صحه عقد الفضولی]

فإن کان الدلیل علی صحه بیع الفضولی هو العمومات فلا یفرق فی ذلک بینما یکون مسبوقا بمنع المالک و عدمه فإنه مع لحوق الإجازه یکون مشمولا للعمومات فی کلتا الصورتین و الا فلا، و ان کان الدلیل علی صحته هو خبر البارقی المتقدم، فلا شبهه فی اختصاصه بصوره عدم المنع عن البیع إذ المفروض فیه ان النبی (ص) قد امره باشتراء الشاه من دون نهی عن بیعها و لذا دعاه بالخیر و البرکه و قال: بارک اللّه فی صفقه یمینک، و ان کان الدلیل علی صحته صحیح محمد بن قیس فالظاهر من قول أبی البایع (ان ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی)، هو عدم سبق المنع عن البیع و الا لکان الاحتجاج بذلک علی مقصده اولی و أقرب من الاحتجاج علیه بعدم الاذن فی البیع و علی هذا، فلا یبقی مجال لاستفاده العموم من الصحیحه من ناحیه ترک الاستفصال.

و دعوی أن قوله: باعها بغیر إذنی أعم من المنع و عدم الاذن، دعوی فاسده للفرق الواضح بین أن یقول الإنسان لأحد ما أذنت لک فی الفعل الفلانی و بین أن یقول له نهیتک عن ذلک و لا ریب فی أن الثانی أقوی للاحتجاج فی مقام المخالفه و ان کان الدلیل علی صحه بیعه الروایات الوارده فی الزواج العبد بغیر اذن سیده معللا بأنه لم یعص اللّه و انما عصی سیده فإذا اجازه فهو جائز، فدلالته علی صحه بیع

الفضولی هنـا بوجهین الأـول من نـاحیه الفحوی و بیـان ذلک أن السـید و ان لم یکن راضـیا بزواج العبـد بل کان یکرهه کراهه شدیده و لکن حیث لم یکن الزواج معصیه للّه بل کان عصیانا للسید فقط، لم یخرج بذلک عن الصحه التأهلیه لرجاء

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۰۷

زوال العصـیان بالإجازه المتأخره، و إذا صح الزواج بالإجازه اللاحقه مع کونه مسـبوقا بکراهه السـید صح مع کونه مسبوقا بالمنع أیضـا لأـن ما هو مناط العصـیان أعنی به مبغوضـیه الزواج موجود فیهما بلا فرق بین إظهارها بمظهر خارجی و عـدمه و إذا صـح الزواج صح غیره بالأولویه القطعیه. و یتوجه علیه: أن الروایات المزبوره خالیه عن کون الزواج مسـبوقا بالنهی إذ لم یذکر فیها الا کون الزواج عصـیانا للسید لا کونه منهیا عنه و المراد بالعصیان لیس هو مخالفه نهی المولی لکی یستفاد المنع الصریح من ذلک بل المراد به انما هو عـدم الاستیـذان منه فی النکاح بمقتضـی قانون العبودیه علی ما هو صـریح الروایه و اذن، فلا دلاله فی تلک الروایات علی نفوذ بیع الفضولی المتعقب بالإجازه مع المنع السابق.

و دعوی اسـتفاده المنع منها و لو بشاهد الحال بین الموالی و العبید، دعوی فاسده لأن حالهما تشـهد علی عدم رضا المولی بفعل عبده الا بالاسـتجازه و الاستیذان و الا، فیکون خارجا عن زیّ الرقیه و العبودیه و هذا غیر کونه ممنوعا عن الاسـتقلال فی الفعل- بمنع صریح.

و یضـاف الی ذلک ما ذکره المحقق الایروانی من أنه مع وجود شـهاده الحال علی المنع خرج عن محل البحث إذ شـهاده الحال بوجودها الاستمراری الی ما بعد العقد تکون ردا فلا تجدی بعده الإجازه.

علی انا لو سلمنا

دلاله الروایات المزبوره علی صحه زواج العبد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۰۸

مع المنع السابق و لکنها بعیده عن الفضولی المصطلح لما ذکرناه سابقا من ان عقد النکاح فی مورد الروایات مستند الی العبد و انّه بنفسه طرف للمعاقده و المعاهده غایه الأمر أن نفوذه متوقف علی اجازه السید و لا شبهه فی ان هذا غیر ما هو مورده البحث فی مبحث الفضولی و اذن فلا وجه لدعوی الفحوی المتقدمه.

الوجه الثانی من ناحیه عموم التعلیل المذکور فی تلک الاخبار حیث ان الامام (ع) قد علل فیها صحه نکاحه بالإجازه المولی بأن نکاحه مشروع بذاته و انه لیس معصیه للّه تعالی و من الظاهر انه لا یفرق فی مشروعیه نکاح العبد و عدم کونه معصیه للّه و نفوذه بإجازه المولی بین کونه مسبوقا بالنهی و عدمه، فإذا صح النکاح صح کل- معامله مشروعه بذاته، فان کونه معصیه للسید مما یرجی زواله و هذا بخلاف ما إذ کان ذلک معصیه للّه فإنها غیر قابله للزوال.

و لکن ظهر جوابه مما تقدم من ان الزواج الصادر من العبد مستند الیه و عقد له و ان کان نفوذه مشروطا برضا المولی فلا ربط له بالفضولی المصطلح، فیکون ذلک نظیر بیع الراهن العین المرهونه بدون اذن المرتهن و تزویج بنت الأخ و بنت الأخت بدون إذن العمه و الخاله و اذن، فلا- یمکن التمسک بعموم التعلیل المذکور فی تلک الروایات الا فیما یسانخ مورد التعلیل و اما بقیه الوجوه، فقد عرفت انها لم تدل علی صحه بیع الفضولی مع عدم سبق المنع، فکیف إذا کان مسبوقا به و کذلک المؤیدات المتقدمه فلا وجه لاطاله البحث عن ذلک.

اما الجهه الثانیه [وجود المانع علی بطلان العقد]

فذکر المصنف:

(أن العقد

إذا وقع منهيا عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما كاف فى الرد فلا ينفع الإجازه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۰۹

اللاحقه بناء على أنه لا يعتبر فى الرد سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لان الحلف عليه اماره عدم الرضا).

و فيه أولا: أن الباقى بعد العقد ليس إلا الكراهه المستمره من زمان المنع الى بعد العقد و لكن ذلك أجنبى عن الرد بديهه أن معنى الرد انما هو حل العقد و ابطال ما حصل به من الربط و لا شبهه فى أن هذا لا يتحقق إلا بالإنشاء الذى هو مفقود فى المقام على الفرض كما أن الفسخ لا يوجد إلا بالإنشاء لأن الكراهه الباطنيه كالرضا الباطنى لا يؤثر ان فى الرد و الإجازه و لا فى الفسخ و الإمضاء و ثانيا: أن الرد لم يثبت بدليل لفظى لكى يتمسک بإطلاقه و يحكم بتحققه بالكراهه الباطنيه الباقيه الى بعد العقد بل انما ثبت ذلك بالإجماع و من الواضح أنه دليل لبّى، فلا يؤخذ به الا بالمقدار المتيقن و هو إنشاء الكراهه و عدم الرضا بمظهر خارجى من اللفظ و غيره و من هنا التزم الفقيه الطباطبائى بجواز تأثير الإجازه بعد الرد و هذا نصه: (الحق أن الرد من المالك غير مانع من الإجازه بعد ذلك و لا يوجب الفسخ. اما ظهور الإجماع فمضافا الى المنع منه لا دليل على حجيته ما لم يصل حد القطع بل أقول: لا يصح دعوى الإجماع القطعى على بطلان العقد إذا تخلل الرد من القابل بين الإيجاب و القبول، نعم لا يبعد

دعواه على بطلانه إذا رد الموجب إيجابه قبل قبول القابل ص ۱۵۹).

اما الفرع الذى حكاه المصنف عن بعض من أنه إذا حلف الموكل على نفى الإذن إلخ،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۱۰

فتاره نفرضه فى غير زمان الخيار و اخرى فى زمانه كما فرضه كذلك شيخنا الأستاذ و إليك لفظ مقرر بحثه: (و فسخ عقد الوكيل لو كان خياريا بحلف الموكل على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل، لو سلم انما هو لأماريه الحلف على الفسخ لا لمجرد كراهه الموكل باطنا، بل لا يبعد أن يكون نفس إنكار الوكاله فسخا كما أن إنكار الطلاق رجوع).

و ان كان فى زمان الخيار فينفسخ العقد بإنكار الوكاله بلا احتياج الى الحلف على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل، و ذلك لان الموكل إذا أنكر وكاله المشترى فقد أقر بكون المبتاع للغير و لا شبهه أن هذا إقرار على نفسه، فيكون نافذا و هذا نظير إنكار الطلاق فى العده الرجعيه، فإنه يكفى فى الرجوع الى المطلقه بلا احتياج الى الحلف على عدم وقوع الطلاق ضروره أن إنكار الطلاق إقرار على الزوجيه و لوازمها من الإنفاق و غيره، فيكون إقرارا على نفسه فينفذ على أن الحلف لا يكشف الا عن الكراهه الباطنيه و عدم الرضا و من الظاهر أن مجرد عدم الرضا لا يكفى فى الرد بل لا بد فيه من الإنشاء و قد عرفته آنفا.

و من هنا ظهر انه لا يتم ما ذكره المصنف (ره) هذا لفظه

(و ما ذكره فى حلف الموكل غير مسلّم و لو سلّم فمن جهه الإقدام على الحلف على ما أنكره فى رد البيع و عدم تسليمه له).

و أن كان ذلك فى غير العقد الخيارى، فهو بحسب طبعه على نحوين لأنه تاره ينكر التزامه بالعقد و ينكر الوكاله أيضا و

يحلف على ما أنكره و اخرى ينكر الوكاله فقط و يحلف على ما أنكره من دون أن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۱۱

ينكر التزامه بالعقد و على الأول، فيحكم ببطلان المعامله إذ المفروض أنه ليس هنا التزام عقدى أصلا و من هنا ظهر أن الصحيح هو ما ذكرناه من التعبير بالبطلان دون الانفساخ إذ لم يتحقق هنا عقد لكى يحكم بانفساخه و على الثانى فيحكم ببطلان الوكاله فقط دون العقد، إذ لا تحتاج صحته إلى صحه الوكاله و قد ظهر لك مما ذكرناه أن مجرد إنكار الوكاله لا يكفى فى بطلان ما أنشأه الوكيل من العقد بل لا بد فى الحكم ببطلانه من وجود القرينه الخارجيه على إراده الصوره الاولى و أن المنكر انما ينكر الوكاله و التزامه بالعقد الصادر من الوكيل كليهما و الا فيحكم بصحه العقد و بطلان الوكاله فقط.

(بحث فى بيع الفضولى لنفسه)

قوله: المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه

اشاره

و هذا غالبا يكون فى بيع الغاصب و قد يتفق من غيره بزعم ملكيه المبيع كما فى مورد صحيحه الحلبى المتقدمه فى الإقاله بوضيعه و الأقوى فيه الصحه أيضا وفاقا للمشهور.

أقول: المعروف و المشهور بين الأصحاب هو صحه بيع الفضولى لنفسه و هذا هو الغالب فى بيع الغاصب و قد حكى عن كثير من الأصحاب أنه يقف على الإجازه كسائر البيوع الفضوليه و منهم العلامه فى بيع المختلف و غصب التحرير و بيع التذكره و القواعد و غصبهما و الشهيد و السيورى و الصيمرى و الكركى و حكى عن فخر الإسلام أنه اختاره بناء على صحه الفضولى و هذا مقتضى إطلاق الباقين بل هو لازم فتوى الأصحاب فى ترتب العقود على احد العوضين حيث حكموا

مصباح الفقاهه (المكاسب)،

بأن للمالک أن یجیز منها ما شاء و من الظاهر أنه لا تتم هـذه الفتوى بإطلاقه الا على القول بصـحه بیع الفضولی لنفسه و عن فخر المحققین أنه على القول ببطلان بیع الفضولی فبیع الغاصب اولى بالبطلان و على القول بوقوف بیع الفضولی على الإجازه فالأکثر على أنه کذلک فی الغاصب مع جهل المشتری إلخ.

ثم انه یقع الکلام هنا أیضا فی جهتین

اشاره

حذو المسأله السابقه.

الاولى: فی وجود المقتضی لصحه البیع و عدمه،

و الثـانیه فی وجود المانع عن ذلک و عـدمه أما الجهه الاولى فلا شـبهه فی أن بیع الفضولی لنفسه مع لحوق الإجازه من المالک مشمول للعمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها و هذا ظاهر.

و یضاف الی ذلک صحیحه محمد بن قیس المتقدمه فی المسأله الأولى حیث عرفت دلالتها على صحه بیع الفضولی للمالک مع عدم کونه مسـبوقا بالمنع و بضـمیمه ترک الاستفصال نعم هذه المسأله أیضا ضروره أنه لو کان هناک فرق بین المسألتین لفصل بینهما الامام (ع) مع أنه لم یفصل بینهما و ترک الاسـتفصال اماره العموم و اذن فتدل الصحیحه على صحه بیع الفضولی فی کلتا المسألتین و ان ناقشنا فی دلالتها على صحته فی المسأله الثانیه لأجل خصوصیه فیها.

و اما الاخبار الوارده فی صحه نکاح العبد لنفسه بلا اذن سیده فقد عرفت عدم دلالتها على صحه بیع الفضولی فی المسأله الاولى و کـذلک فی المسأله الثانیه، فعـدم دلالتها على صـحته هنا أولى إذ المفروض أن البیع فی المسألتین المتقـدمتین للمالک بخلافه هنا فإنه للبائع لأنه باع مال غیره لنفسه فالتمسک بها هنا أردء من التمسک

بها هناک.

و أمـا بقیه الوجوه الـتی اسـتدل بهـا على صـحه بیع الفضـولی فقـد عرفت عـدم دلالتهـا على صـحه بیع الفضولی فی المسـألتین المتقدمتین فضلا عن دلالتها علیها فی هذه المسأله.

اما الجهه الثانیه، [أی وجود المانع لصحه البیع و عدمه]

اشاره

فقد ذكروا وجوها لبطلان بيع الفضولى لنفسه و لكن عمدتها وجهان:

الأول أنه مع علم البائع بكون المبيع لغيره لا يتمكن من قصد البيع لنفسه

لأنها لا تتحقق الا بدخول أحد العوضين فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و حينئذ فالصادر من الفضول ليس بيعا حقيقيا بل انما هو صوره بيع نظير بيع الهازل و الغالط و الساهى.

و على لجمله ان حقيقه المعاوضه التى هى عباره عن دخول احد العوضين فى ملك مالك الآخر غير مقصوده للعاقد و ما هو مقصود له من وقوع البيع لنفسه ليس بمعاوضه بين المالين و انما هو معاوضه صوريه و اذن، فلا- سبيل لنا الى تصحيح بيع الفضولى لنفسه.

و يتوجه عليه.

أولا- أن الدليل المذكور أخص من المدعى لانه مختص بالغاصب العالم بغصبيه المبيع فلا يجرى فى الجاهل بغصبيته و لا فى الغافل عن ذلك.

و ثانيا: أن العلم بالغصبيه إنما يمنع عن قصد التبديل بين المالين فى نظر الشارع دائما و فى نظر العرف أحيانا كبيع السرقه و الخيانه على رؤس الاشهاد و بمرأى من الناس و مسمع منهم لا- فى نظر المتبايعين لأنا ذكرنا مرارا أن حقيقه البيع عباره عن الاعتبار-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۱۴

النفسانى المظهر بمبرز خارجى، و من الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبايعين، و ان لم يكن فى العالم شى ء من الشرع و أهل العرف و اما كونه ممضى للعقلاء و الشرع، فهو أمر خارج عن حقيقه البيع و انما هو من الأحكام اللاحقه له و على هذا فالبائع الغاصب مثلا، و ان قصد دخول الثمن فى ملكه مع ان المبيع قد خرج عن ملك غيره و لكن الإخلال بذلك لا يوجب الإخلال بحقيقه البيع لان قصد حقيقته، لما كان مستلزما لقصد دخول احد

العوضـين فى ملـک من خرج الآـخر عن ملكه تحققت المعـاوضه حقيقه و ان انضم الى ذلـک قصـد وقوعه لنفسه باعتبـار تنزيل نفسه منزله المالـک، لاـن تعيين المالک الواقعى غير معتبر فى مفهوم تحقق حقيقه البيع بل القصـد الى العوض و تعيينه يغنى عن القصد الى المالک و تعيينه.

نعم يعتبر فى مفهوم البيع قصـد المتبايعين دخول العوض فى ملک من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس و الا فلا يصـدق عليه الـبيع و عليه، فلو اشـترط على البـائع دخول الثمن فى ملـک الأـجنبى أو اشترط على المشترى دخول المبيع فى ملـک غيره كـان ذلک سببا لبطلان البيع جزما ضروره أن الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد و قد تقدم تفصيل ذلک فى الجزء الثالث.

و الذى يكشف عن صـحه ما ذكرناه أنه لو باع احد متاعا بتخيل أنه سرقه أو خيانه فبأن أنه مال نفسه حكم بصحه البيع و كذلک إذا باع شـخص مالا باعتقاد أنه لأبيه فبان أنه لنفسه صـح البيع بلا خلاف فى ذلک و أوضـح من الكل أنه لو تزوج شـخص امرأه بتخيل أنها خامسه أو ذات بعل أو أخت زوجته فبانت انها ليست بأخت زوجته و لا انها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۱۵

ذات بعـل و لاـ انها خامسه بل هى امرأه خليه يجوز تزويجها حكم بصـحه الزواج اتفاقا مع أن العاقـد لم يقصـد هناک الا الزواج الفاسد.

فتحصـل من جميع ما ذكرناه أن قصـد البائع الغاصب كون البيع لنفسه لا يؤثر فى فساده و هـذا ظاهر و قـد أشار المصـنف الى ما ذكرناه

بقوله: ان قصد المعاوضه الحقيقيه مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و ان كان هذا الجعل لا حقيقه

له لكن المعاوضه المبنيه على هذا الأمر الغير الحقيقى حقيقيه نظير المجاز إلا دعائى فى الأصول نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيه المثمن و لا اعتقاد له كانت المعامله باطله غير واقعه له و لا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضه.

و اذن فلا يتوجه عليه ما ذكره المحقق الايروانى و هذا عبارته:

كيف تكون المعاوضه المبنيه على أمر غير حقيقى حقيقيه و هل يزيد الفرع على أصله و لعمرى أن هذه الدعوى من المصنف (ره) فى غير محلها، لان غرض المصنف من

قوله لكن المعاوضه المبنيه على هذا الأمر الغير الحقيقى حقيقيه،

إنّما حقيقه المعاوضه مقصوده للبائع بتبع الأمر إلا دعائى و فى الحقيقه ان المقصود انما هو الأمر الواقعى.

الوجه الثانى: ان الفضولى لم يقصد الا البيع لنفسه

و عليه فان تعلقت اجازه المالك بما قصده الفضولى كان ذلك منافيا لصحه العقد لان معناها هو صيروره الثمن لمالك المثمن بإجازته و ان تعلقت بغير ما قصده الفضولى كانت عقدا مستأنفا لا إمضاء لنقل الفضولى فيكون النقل من المنشئ غير مجاز و المجاز غير منشأ و بعباره اخرى ان ما قصده الفضولى من المبيع لنفسه ليس قابلا للإجازه لما عرفته من أن دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه مأخوذ فى مفهوم البيع و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۱۶

ما هو قابل للإجازه لم ينشئه الفضولى و اذن فالمجاز غير واقع و الواقع غير مجاز.

و قد ظهر جوابه مما ذكرناه فى الجواب عن الإشكال الأول من أن حقيقه البيع عباره عن اعتبار تبديل مال بمال فى جهه الإضافه و إظهاره بمظهر خارجى سواء علم به المالك أم لا و سواء أقصده العاقد أم لا، فان كل ذلك خارج عن حقيقه البيع

و من الظاهر أن الفضولى قد قصد هذا المعنى غايه الأمر أنه قصد كونه لنفسه من جهه الخطاء فى التطبيق و ذلك لأنه إنما قصد المعاوضه بين ملكى المالكين مع اعتقاده أو بنائه على انه مالك فيلغى هذا البناء و يحكم بصحه العقد بالإجازه اللاحقه و اذن، فلا يتوجه ما قيل من أن المنشأ غير مجاز و المجاز غير منشأ بل المنشأ هو المجاز لأن الإجازه قد تعلقت بالتبديل بين ملكى المالكين إذ المنشئ لم ينشأ إلا أصل التبديل الذى- ينشئه نفس المالك و قصد كونه لنفسه لا يضر بذلك و هذا نظير أن يوجه البائع خطابه الى غير المشترى اشتباها و يقول بعتك هذا المتاع و يقول المشترى قبلت هكذا فإنه لا شبهه فى صحه البيع حينئذ ضروره أن اقتران الإيجاب بكاف الخطاب انما هو من ناحيه الخطأ فى التطبيق فلا يضر بصحه البيع.

و من الموضحات لما ذكرناه هو أنه إذا اعطى أحد دينارا لشخص و و كله فى شراء متاع و اشتبه الوكيل، فقصد الاشتراء لنفسه ثم التفت بذلك فإنه لا شبهه فى كون البيع للموكل، و أوضح من ذلك أنه لو ابتاع زيد متاعا من عمرو لموكله، فتخيل عمرو أنه اشتراه لنفسه فوجه الإنشاء اليه و قال بعتك هذا المتاع و قبله زيد، ثم انكشف انه قد

اشتراه لموكله فان ما قصده البائع من كون الاشتراء لعمرو لا يضر بحقيقه البيع.

و على الجمله أن المقصود للبائع فى مرحله الإنشاء أمران أحدهما حقيقه البيع المبرزه بمبرز خارجى و ثانيهما إضافته إلى نفسه و هذه الإضافه ان طابقت الواقع فهو، و الا كانت لاغيه.

ثم لا يخفى عليك أن

ما ذكرناه جار فى ناحيه المشترى أيضا حذو النعل بالنعل فإنه إذا قبل الإيجاب و اضافه الى نفسه فقال- مثلا- قبلت فان كان هذه الإضافه مطابقه للواقع فهو و الا كانت فاسده و لكن فسادها لا يضر بصحه البيع بل يقع الشراء لمالك الثمن و قد حكم المصنف بصحه الشراء حينئذ بوجه أخر و هذه عبارته:

ان نسبه الملك إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملكت منك أو قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا أو عدوانا و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته ضروره عدم تحقق مفهوم المبادله فإذا قال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه تملكت منك كذا بكذا فالمنسوب اليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث ان الثابت للشى ء من حيثيه تقييديه ثابت لنفس تلك الحيثيه فالمسند اليه التملك حقيقه هو المالك للثمن إلخ.

و يتوجه عليه أن الثابت للشى ء من حيثيه تقييديه و ان كان ثابتا لنفس تلك الحيثيه و لكن لا على وجه الإطلاق بل لخصوص الحصه الحاصله من تلك الحيثيه فى ضمن ذلك الشى ء سواء كانت هذه الحصه حقيقيه كما إذا كان المتبايعان مالكين حقيقه أم كانت ادعائيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۱۸

كما فيما نحن فيه و عليه، فاجازه المعامله الخاصه لا تقتضى إلا وقوع المعامله لمن أنشأت له المعامله لا لغيره لان وقوعها لغيره يستلزم تعدد الإنشاء و هو منفى هذا ما ذكرناه فى وجه الصحه.

و قد أجاب عنه المحقق القمى على ما حكى عنه فى بعض أجوبه مسائله بأن الإجازه فى

هذه الصوره مصحّحه للبيع لا بمعنى لحوق الإجازه لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضى الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه الخل و عليه فيكون ذلك عقدا جديدا كما هو أحد الأقوال فى الإجازه.

و فيه أنه قد يراد بذلك ما حكى عن كاشف الرموز من أن الإجازه من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع و هو قائم مقام إيجاب البائع و ينضم اليه القبول المتقدم من المشترى و حينئذ، فيلغو الإيجاب الصادر من الفضولى فيكون ذلك من موارد تقدم القبول على الإيجاب المتأخر.

و يرد عليه أنا لو سلمنا جواز تقدم القبول على الإيجاب و سلمنا أيضا جواز الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول و أغمضنا عن مخالفه هذا الاحتمال لصريح كلام المحقق المزبور أنه لا يمكن أن تكون الإجازه اللاحقه إيجابا متأخرا للقبول المتقدم لان القبول المزبور انما هو قبول لما أنشأه الفضولى، و الإجازه المتأخره على تقدير كونها إيجابا لا يمكن أن يكون إيجابا لذلك القبول لعدم المطابقه بينهما بل لا بد و ان يكون له قبول آخر و قد ذكرنا فى الجزء الثالث أن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه البائع و المشترى من الأمور الواضحه و اذن فلا يمكن أن تجعل الإجازه اللاحقه مع القبول المتقدم عقدا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۱۹

مستأنفا و معامله جديده.

و قد يراد من كلامه أن للإجازه جهتان جهه إيجاب و جهه قبول فالمالك المجيز من جهه الإيجاب غير أصيل و من جهه القبول اما- وكيل المشترى أو وليه.

و يرد عليه أنه لا دليل على كون المجيز وكيلا للمشترى و لا وليا له أضف الى ذلك

أن الإجـازه اللاـحقه ليست الاـ رضـا بالعقـد السابق فلا وجه لجعلها ذى جهتين جهه إيجاب و جهه قبول و هـذا ظاهر و ما حكاه المصنف عن الشيخ الكبير فى شرحه على القواعد من

(أنه ربّما يلتزم صحه أن يكون الإجـازه لعقـد الفضولى موجبه لصـيروره العوض ملكا للفضولى)، ثم قال (و تبعه غير واحـد من أجلاء تلامذته و ذكر بعضهم فى ذلك وجهين).

الأول أن قضيه بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا حتى انه على فرض صحه ذلك البيع و الشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله اليه عن ملكه و ذلك لاستحاله دخول احد العوضين فى ملك غير مالك الآخر نظير ما إذا قال أعتق عبدك عنى أو قال بع مالى عنك أو اشتر لک بمالى كذا فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء و نقول فى المقام أيضا إذا أجاز المالك صح البيع و الشراء و صحته يتضمن انتقال اليه حين البيع أو الشراء فكما أن الإجازه المذكوره تصحح البيع أو الشراء كذلك يقضى بحصول الانتقال الذى يتضمن البيع الصحيح فتلك الإجازه اللاحقه قائمه مقام الاذن السابق قاضيه بتمليكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۲۰

الثانى: انه لا دليل على اشتراط كون احـد العوضـين ملكا للعاقـد فى انتقال بدله اليه، بل يكفى أن يكون مأذونا فى بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: بع هذا لنفسک أو اشتر لک بهذا ملک الثمن فى الصوره الأولى بانتقال المبيع عن مالكه الى المشترى و كذا ملک المثمن فى الصوره الثانيه، و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ

المعاوضه رجع الملک الی مالکه دون العاقد.

[بقی هنا أمران]

[الأمر الأول جریان الفضولی فی بیع الکلی]

اشاره

قوله (ره) الأول: أنّه لا فرق علی القول بصحه بیع الفضولی بین کون مال الغیر عینا أو فی الذمه.

أقول: انّ البائع تاره یبیع مال شخصه فی ذمه الغیر کالدین فهو خارج عن الفضولی فإنّه نظیر بیع عین ماله الشخصی.

و اخری یبیع مال غیره فی ذمه نفسه، فالظاهر خروجه أیضا عن الفضولی فإنه لا میز لمال الغیر فی ذمه نفسه.

و ثالثه یبیع ما فی ذمه شخص لآخر أو یشتری کذلک، فهذا لا شبهه فی کونه فضولیّا و یتصوّر ذلک فی کل من البیع و الشراء علی ثلثه أنحاء.

الأول ان یصرّح البائع أو المشتری (تذکره انّه قد وقع فی بعض الموارد فیما إذا تکون الإجازه باطله و غیر مفیده انّ العقد یبطل و هذا مسامحه بل المراد بطلان الإجازه و الا فلو انضم إلیه إجازه أخری نحکم بصحه العقد فانّ الرّد لا یخرج العقد عن قابلیه انضمام الإجازه إلیه فکیف ببطلان الإجازه و ان شئت فقل ان عقد الغیر لا یترتب علیه الأثر لعدم تحقق الإجازه فیه) الفضولیین بالذمه بأن یقول بعتک کرّا من الطعام مثلا فی ذمه عمرو أو اشتریته بخمسه دراهم فی ذمه بکر.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۲۱

الثانی: ان یکون کلامه ظاهرا فی کون المبیع أو الثمن فی ذمّه الغیر کان یصنف البیع إلیه، فإن ظاهر الإضافه کونه للغیر و حینئذ، فیکون الثمن أو المثمن أیضا فی ذمته لما مر مرارا انه لا یعقل دخول العوض فی ملک من لم یخرج العوض الآخر عن ملکه.

الثالث: ان لا یکون کلامه صریحا و لا ظاهرا فی کون البیع للغیر بل انما یقصده للغیر، و علی هذا، فلو أضاف

الکلی إلی ذمّه الغیر أو قصـد هـذا المعنی، ثم أضاف البیع الی نفسه و لم یظهر ما قصده بمبرز فی الخارج أو قصد هذا المعنی و أضاف البیع الی الغیر و لکن أضاف الکلّی إلی ذمته یقع التنافی بینهما ظاهرا مثلا لو قال اشتریت هـذا لفلان بـدرهم فی ذمتی أو اشتریت هذا لنفسی بدرهم فی ذمّه فلان یقع التنافی کما انّه لو قصد الشراء لفلان و أضاف إلی ذمه نفسه أو قصد الشراء لنفسه و أضاف إلی ذمّه غیره یقع التنافی بینهما ظاهرا.

و هنا مسئلتان

اشاره

الاولی: فی وقوع البیع للعاقد مطلقا علی تقدیر ردّ الغیر و عدم وقوعه له مطلقا أو یفصّل بین الشراء للغیر بمال نفسه فیقال بالبطلان، و بین الشراء لنفسه بمال الغیر فیقال بالصحه الثانیه: فی صحه تلک المعامله مطلقا و عدم صحتها کذلک أو یفصّل کما تقدم.

اما المسأله الاولی، [فی وقوع البیع للعاقد مطلقا]

فالظاهر من صدر عباره العلامه انّه لو اشتری بما فی ذمّه الغیر و أطلق اللفظ یقف علی أجازته و إذا ردّ یقع للمباشر، بل نسب ذلک الی العلماء.

و لکن الظاهر من ذیل کلامه ان الاشتراء انّما هو بما فی ذمّه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۲۲

نفسه للغیر حیث علّل صحه الشراء بقوله لانه تصرف فی ذمته لا فی مال الغیر.

و بالجمله یظهر منه التفصیل بین المثالین و ان کان ظاهر الصدر من کلامه ینافی ظاهر ذیله ثم نسب ذلک الی ابی حنیفه حتی فی الأعیان الشخصیّه.

و التزم شیخنا الأستاد أیضا بذلک و کونه واقعا للعاقد مطلقا.

و لکن حکم العلامه الأنصاری (ره) بالبطلان و هو الحق و ان لم نساعد بذیله.

و الوجه فی بطلانه واقعا علی تقدیر الرّد و عدم وقوعه للعاقد انّه قد عرفت فیما تقدم ان مفهوم البیع و حقیقته متقوّم بالمبادله بین المالین بحیث یدخل کلّ من العوضین مکان العوض الآخر سواء علم المالک أو لم یعلم فانّ معرفته غیر دخیله فی حقیقه البیع و صحته هـذا فی بیع الأعیان الشخصیه، و اما فی بیع الکلّی أو شرائه فحیث ان الکلّی بما هو کلّی لیس فیه شائبه المالیه من جهه و انّما یکون متصفا بالمالیه إذا أضیف إلی ذمّه معیّنه لأن الـذمه الغیر المعینه أیضا کلّی، فإضافه الکلّی إلی کلّی آخر لا یوجب

التعين و التشخص.

اذن

فكون الكلّى ثمنا أو مثمنا متقوّم بإضافه إلى شخص معيّن لا من جهه لزوم تعيين المالك بل لكون تعيينه مقدمه لاتصاف الكلّى بالماليه، حتى يكون قابلا للمعاوضه عليه لانّ العوضين فى البيع بمنزله الزوجين فى النكاح فى لزوم التعيين.

و على هذا، فلو قصد الفضولى كون المعامله لغيره و ان لم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۲۳

يظهر فلا يعقل كونها لنفسه و ان كان ظاهره كذلك، فان تحقق المعامله و ظهورها فى صفحه الوجود كان معلّقا على إضافه الكلّى إلى ذمه الغير و مع عدم وقوعها للغير لأجل ردّه، و عدم إمضائه ذلك كيف يعقل وقوعها عن العاقد؟ و الا، فيلزم كون ما يكون مقوّما للبيع و الشراء غير مقوّم لهما فهل هذا الا التناقض الواضح؟ و بعباره أخرى اتصاف الكلّى بالماليه و كونها طرفا للمبادله انّما هو بالإضافه إلى الذمّه و لو فى عالم القصد، فإذا أزاله صاحب الذمه عن ذمته، فتنعزل عن الماليه، فهذه الإزاله لا يعقل ان يوجب اتصاف الكلّى أيضا بماليه اخرى ليكون قابلا للمعاوضه عليه، لأن إزاله اضافه عن ذمه ليس إضافه أخرى لذمه شخص آخر فاذن كيف يمكن القول بأنّه إذا ردّ الغير الذى كانت المعامله له تقع ذلك للعاقد؟ فهل كان ردّه سببا لإضافه الكلّى إلى العاقد أو اتصف الكلى بالماليه بغير اضافه؟ فكلاهما غيره معقول.

و من هنا انقدح ما فى كلام العلامه الأنصارى حيث أفاد فى وجه البطلان بما حاصله انّ المال فى باب الفضولى مردد بين مالكه الأصلى و من وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكه و تردّده بين ان يدخل فى ملك الفضولى أو ملك من وقع له العقد.

و وجه انحلال: انّه

بعد انحصار البيع أو الشراء بمن وقع له العقد، فلا معنى لتردد المال بينه و بين الفضولى، بل هو دائر بين ان يبقى فى ملك مالكه الأصلى و ان يدخل فى ملك من له العقد على تقدير أجازته العقد.

هذا كلّه فى مقام الثبوت و اما فى مقام الإثبات فظاهر الكلام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۲۴

كون العقد للمباشر الا ان يثبت ببينه و نحوها كونه للغير.

ثم انّ شيخنا الأستاد قد تصدّى الى تصحيح العقد فى كلا المثالين اى سواء كان الشراء للغير بمال نفسه أو العكس.

و حاصل كلامه: انّه إذا اشترى مالا لنفسه بمال الغير أو اشترى مالا للغير بمال نفسه، فإن أجاز الغير فيكون له و الا فيكون للمباشر و حمل على ذلك كلام العلامه و فسره بصوره الشراء فى ذمّه نفسه لغيره على خلاف ما فسرناه سابقا و ان كان يساعده ذيل كلامه و الوجه فى ذلك: انّ الفضولى إذا اشترى مالا للغير بمال نفسه فى الذمه فقد أنشأ بيعين: الأول اشتراءه لنفسه من الغير، و الثانى بيعه لمن له العقد بلا- مرابحه و وضيعه كما هو كذلك فى بيع التوليه، فيكون ذلك من مصاديقه، فكون البيع للفضولى ليس خارجا عن القاعده مع ردّ من له العقد فانّ ردّه يوجب انحلال- البيع الثانى دون الأول.

و على ما ذكره شيخنا الأستاذ لا يرد اشكال المصنف أيضا فإنه على تقدير صحته انّما هو فيما يكون هنا بيع واحدا دائرا بين كونه للفضولى أو من له العقد و امّا بناء على ما ذكره الأستاذ فهنا بيعان أحدهما للمباشر، و الثانى لمن له العقد فبطلان الثانى للرد لا يوجب بطلان الأول.

و لكنه ليس بتمام، لأنه أوّلا

لا يتم فى البيع فانّ بيع التوليه مختص بالشراء من الغير، فلا يجرى فى البيع.

و ثانيا انّه على هذا يكون الإجازه اللاحقه قبولا للإيجاب الذى تحقق فى ضمن الشراء من الغير، فمع الغض عن إخلال الفصل

البعيد بين الإيجاب و القبول، و عن الإشكالات الأخر، ان هذا مع الإجازه يكون عقدا مركبا من الإيجاب و القبول الحاصلين من الاصيلين فلا يكونان مربوطين بالعقد الفضولى الذى هو محط كلا منا مع انّه ليس الأمر كذلك لانّه لو مات الفضولى، ثم أجاز المالك بيعه أو شرائه فلا شبهه فى صحته، و امّا لو مات الموجب قبل تحقق القبول فيكون باطلا بلا شبهه فيعلم من ذلك انّه ليس هنا عقدان و بيعان بل عقد واحد على انّه خلاف الظاهر من كلام الفضولى.

و أوضح من ذلك فى البطلان البيع للغير فإنّه لا يجرى فيه ما ذكره الأستاذ من إرجاعه إلى بيعين و عقدين كما ذكرنا.

و بالجمله ما ذكره شيخنا الأستاذ لا يمكن المساعده عليه بوجه و لا ينطبق على بيع الفضولى، و على خلاف الظاهر بمكان.

و امّا تصحيح ذلك بالالتزام بالنيابه، فأيضا لا وجه له لانّه على تقدير الالتزام بذلك فليس معناها الالتزام بالضمان عن الغير بحيث على تقدير ردّ الغير يكون الضّمان عليه طولا، فإنّه دعوى بلا دليل بل معناها جعل نفسه نازلا منزله الغير فى إيجاب العقد فكأنّه شخص تنزيلى للغير و حينئذ، فيكون العقد مع الرد فاسدا من أصله لكونه راجعا اليه فلا يكون واقعا عن العاقد النائب كما هو الظاهر فإن النائب ليس له موضوعيّه بل هو قنطره إلى المنوب عنه فالمناط فى الصحه و البطلان إمضائه و ردّه.

و اما المسأله الثانيه أعنى صحه المعامله فيما جمع بين المتنافيين اما لفظا أو قصدا بان يقصد الغير و أضاف إلى نفسه،

فحكم شيخنا الأستاذ بكونه للعاقد أيضا و قد أفاد فى وجه ذلك وجوها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۲۶

الأول: ان الأمور البنائيه و الأغراض المنويّه لا اثر لها ما لم تنشأ بما هو آله لإنشائها من الفعل أو القول.

الثانى: انّ الالتزامات العقديّه يملكها كلّ من المتعاقدين على الآخر الا ان يجعل ملك كلا الالتزامين لواحد منهما اما بجعلهما كما فى غير النكاح أو بالجعل الشرعى فحينئذ يثبت له الخيار.

الثالث: عدم اعتبار تعيين المالك فى البيع و انّه ليس دخيلا فى حقيقه البيع فينتج من تلك الأمور انّ العقد مع ردّ من له العقد يقع للعاقد، فيكون هو ملزما بذلك و مالكا على التزام الآخر كما انّ الآخر يملك التزامه.

ثم قال: و اما وقوعها له لو أجاز أو أقرّ بالوكاله فلان العقد و ان لم يؤثر فى صرف الالتزامات الى الغير الا انّه لا ينفك عن أثره التكوينى، فيجعل المعامله كالماده الهيولانيه القابله لصرفها الى الغير بإجازته أو إقراره، فيكون القصد كجعل التوليه للغير و يكون الإجازه أو الإقرار بمنزله قبول التوليه فالقول بأنّ المعامله تقع لنفس المباشر واقعا إذا ردّ من قصد له منطبق على القواعد و قياسها على ما إذا أسندها إلى الغير لفظا مع الفارق.

و فيه اما ما أفاده فى وجه كونه للغير نظير ان يجعل للغير توليه فى العقد فقد ظهر جوابه فيما تقدم و اما ما أفاده فى وقوعه للغير من المقدمات ففيه: اما عدم لزوم تعيين المالك، فإنّما هو فى الأعيان الشخصيّه و امّا فى بيع الكلّى، فعدم تعيينه مستلزم لانعدام الماليه التى بها قوام مفهوم البيع من حيث المبادله.

و اما المقدمه الثانيه ان ملك كل من المتعاقدين التزام الآخر

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۲۷

و ان کان فی محلّه الا انّه فیما یکون العقـد واقعا لهما، و اما فیما یکون الشـخص خارجا عن حدود العقد کیف یمکن ملک کلّ منهما التزام الآخر؟ فالعاقد الفضولی نسبته الی العقد لیس إلا کنسبه الأجانب إلیه فلا وجه لملکه بالتزام الآخر.

و بعباره اخری: ان کان المقصود من ذلک عدم کون العقد خیاریا، فهو متین، و ان کان المقصود کون العاقد مالکا لالتزام الآخر سواء کان أصیلا أو فضولیّا فهو غیر مسلّم.

و اما المقدمه الثالثه:

ان القصـد بلا إظهاره بمظهر و ان کان لیس له أثر الا انّه فیما یکون الإظهار و الإبراز من المقوّمات بحیث لا یتحقق العنوان الذی یترتب علیه الأـثر إلاـ بالإظهـار کعنوان البیع و الهبه و الصـلح و الإجـازه و غیرهـا من العنـاوین العقودیه و الإیقـاعیه، و اما فیما لا یکون إظهاره دخیلا فی التأثیر، فاظهاره و عدمه سیان، فذکر العوضین کذکر المالکین لیس من مقوّمات العقد و من هنا لو کان جمیع ذلـک من الخـارج معلومـا و اکتفی العاقـد بمجرد بعت و اشتریت لکـان کافیـا علی انّه قـد أظهر ذلک بقوله اشتریت هـذا بخمسه دراهم فی ذمّه فلان.

و بـالجمله لم یتحصّل لنا شـی ء مما افاده بل لا بـد فی صوره الجمع بین المتنافیین من الحکم بالإلغاء و قیـد کونه للغیر و الحکم بکونه للعاقد لانّه من قبیل الخطاء و الاشـتباه نظیر شراء مال الغیر لنفسه بثمن هو مال شخص آخر بتخیل انّه ماله أو بتخیل رضایته بذلک کما إذا وعد شخص علی آخر عشره أمنان من الحنطه و تخیّل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۲۸

الموعود له ملکیته بمجرد ذلک، فباعه من شخص فانّ

فی أمثال ذلک یقع البیع للعاقد فافهم.

[الأمر الثانی] (جریان الفضولی فی المعاطاه).

اشاره

و قد عرفت انّ بیع الفضولی حسب دلاله الأدله علیه لا اشکال فیه، و انّما الکلام فی انّه هل یجری فی المعاطاه مطلقا أو لا یجری فیها مطلقا أو فرق بین القول بالإباحه فلا یجری و القول بالملک- فیجری أو فرق بین کون الفضولی علی خلاف القاعده فلا یجری مطلقا و بین کونه علی وفقها فیجری مطلقا؟ وجوه.

[الوجه الأول فی جریان بیع الفضولی فی المعاطاه مطلقا]

قوله (ره) الثانی: الظاهر انّه لا فرق فیما ذکرنا من أقسام بیع الفضولی بین البیع العقدی و المعاطاتی.

أقول ذکر العلامه الأنصاری انّه علی القول بصحه البیع الفضولی لا یفرّق فیه بین البیع اللفظی و البیع المعاطاتی لإطلاق الأدلّه و عمومها، و عن بعضهم اختصاصه بالبیع اللفظی بدعوی أنّ الإقباض الذی یحصل به التملیک محرّم لکونه تصرّفا فی مال الغیر بدون اذنه فلا یترتب علیه اثر.

و فیه:

أوّلا: انّ الإقباض و التصرّف یمکن ان یکون مباحا کما إذا اشتبه المقبض و تخیل انّ المال لنفسه و اقبضه للمشتری بالبیع المعاطاتی فإنّ هذا التصرّف لیس بمحرّم و هکذا فی جمیع موارد السهو و النسیان فالجامع بین الجمیع هو الخطاء، و الوجه فی ذلک انه قد حققنا فی محله ان التکالیف الالتزامیه ترتفع فی موارد الخطاء حتی فی الواقع و نفس الأمر بمقتضی أدله الرفع و اذن عدم رضائه المالک بالتصرّف لا یدل علی حرمه الإقباض.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۲۹

و ثانیا: یمکن ان یکون المالک أیضا راضیا بالتصرّف کما إذا أذن للفضولی قبل البیع ان یتصرّف فی ماله و یقبضه لشخص خاص أو یعطی الفضولی مال المالک لوکیله أو ولیّه أو من یقوم مقامه- بعنوان البیع، فإنّ الإقباض شی ء من ذلک لیس بمحرّم و انّما یقصد الفضولی فی ضمن

ذلک الإعطاء المباح البیع المعاطاتی و هکذا الأمر لو اعطی أحد وکلائه ماله لوکیله الأخر بعنوان البیع من غیر ان یکونا وکیلین فی البیع و الشراء.

و ثالثا: یمکن ان یکون المالک أیضا راضیا بالبیع و لکن لم یظهر رضایته بمظهر اذن، فلا یکون البیع الا واقعا برضائه المالک و قد تقدم انّ الرضا المقارن لا یخرج العقد الفضولی عن الفضولیه ما لم یظهره المالک فی الظاهر بمظهر قولی أو فعلی.

و رابعا: علی تقدیر کون الإقباض و الإعطاء تصرّفا فی مال الغیر و حراما و لکنه حرام تکلیفی یعاقب المتصرف فیه لأجله فلا یدل ذلک علی الحرمه الوضعیه الذی هو محط کلامنا.

و خامسا: علی تقدیر التسلیم انّ الحرمه التکلیفیه تدل علی الفساد فلا نسلّم أیضا بطلان ذلک العقد لما مرّ ان فساد العقد من الفضولی و عدم انتسابه الیه بحیث یکون العقد عقده لا یستلزم فساده عن المالک و عمن له العقد بل ینتسب الی المالک إذا اجازه.

و بالجمله انّ هذا الاشکال لوهنه لا یصلح لمنع جریان الفضولی فی المعاطاه.

قوله و ربّما یستدل علی ذلک.

أقول

الوجه الثانی الذی استدل به علی عدم جریان الفضولیه فی المعاطاه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۳۰

انّ المعاطاه منوطه بالتراضی و قصد الإباحه أو التملیک و هما من وظائف المالک و شئونه و لا یتصور صدورهما من غیره و لذا ذکر الشهید الثانی انّ المکره و الفضولی قاصدان اللفظ دون المعنی و ان قصد المدلول لا یتحقق من غیر المالک.

و فیه: انّ هذا الاشکال لو تمّ انّما یعمّ جمیع أقسام الفضولی و لا یختص بالمعاطاه و بعباره اخری انّه إشکال لأصل الفضولی.

امّا الحلّ انّ الرضایه من المالک تحصل بإجازته المتأخره فلا یکون البیع خالیا عن التراضی و هکذا قصد التملیک

و الإباحه و بعباره اخرى ان الفضولى ليس له الا إيجاد المعامله و إنشائها و بقيّه الجهات التى لا بدّ من صدورها ممن نسب العقد اليه، انّما تصدر من المالک، فلا ربط لها بالفضولى، و اما کلام الشهيد فقد عرفت فيما تقدم عدم صحته و تماميته.

قوله الا ان يقال انّ مقتضى الدليل.

أقول

الوجه الثالث ان العقد الفضولى انّما ثبت جوازه على خلاف القاعده فيختص بالعقد القولى

و قد أجاب عنه المصنف بأنه طبق القواعد للعمومات الداله على صحته.

و هـذا الجواب منه و ان کان متينا الا ان ظاهرا انّه لو لم يکن الفضولى على طبق القواعد لما کان جاريا فى المعاطاه و لکن الأمر ليس کذلک بل مع هذا يجرى فى العقد الفعلى کجريانه فى العقد القولى بمقتضى إطلاق صحيحه محمد بن قيس و قضيّه عروه البارقى و غير ذلک بناء على تماميتها فإنّها غير مختصه بالعقد القولى بل إطلاقها محکم بالنسبه إلى المعاطاه أيضا.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۳۱

الوجه الرابع ما ذکره شيخنا الأستاذ و اختاره.

و حاصله: انّ فعل الفضولى ليس قابلا للإيجاب فى باب المعاطاه سواء قلنا بإفادتها الإباحه أو بإفادتها الملک الجائز أو اللازم.

اما على القول بکونها مفيده للإباحه، فمن جهه ان مجرد قصد اباحه التصرف بالإعطاء و ان کان بلا مئونه للفضولى الا انّ الإباحه التى تکون مؤثره فى باب المعاطاه هى الإباحه الحاصله من تسليط غيره، فيکون تسليط غيره لغوا محضا.

و امّا اجازه المالک، فهو و ان کان تفيد الإباحه الا انّه بنفسها تکون مؤثره فى الإباحه من غير ربط بفعل الفضولى، و اما بناء على الملک فلان الفعل الواقع من الفضولى لا يتصرف الا بعنوان الإعطاء و التبديل، و امّا افاده الملکيه التى عباره عن تبديل طرفى الإضافه فلا، بل هى متوقفه اما على إيجاد الماده بالهيئه و امّا على فعل المالک فحينئذ يکون ذلک مصداقا للبيع.

و فيه انّ انحصار إفاده الملکيّه فى البيع اما بإيجاد الماده أو بفعل المکلّف و ان کان له وجه على المذاهب المعروفه فى الإنشاء و لو کان مع ذلک قابلا للمناقشه، الا انّه لا وجه له بناء على ما ذکرنا من انّ الإنشاء ليس

الا اعتبار النفسانى و إظهاره بمبرز فى الخارج، لأنّ الفضولى أيضا يعتبر ذلك المعنى لمكان كونه سهل المئونه و خفيف الاعتبار و يبرزه فى الخارج بمبرز سواء كان ذلك المبرز فعلا أو قولا، فإنه على كل حال يكون مصداقا للبيع و قد تقدم ذلك منه فى المعاطاه مع جوابه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۳۲

نعم بناء على إفادتها الإباحه يتوجه الاشكال من جهه ان افاده المعاملات المقصود بها المالك للإباحه على خلاف القاعده و من هنا ذكر الشيخ الكبير مبعدات عديده على القول بالإباحه و ان أجاب عنها الشيخ الأنصارى بأنّها ليست بمبعدات إذا اقتضاه الجمع بين الأدله، و قد عرفت ذلك مفصلا و اذن فلا بدّ من الاقتصار على صوره تعاطى المالكين فى المعاطاه.

على انّه لا يعقل حصول الإباحه قبل الإجازه بفعل الفضوليين و الذى ينبغى ان يقال: ان الكشف الحقيقى و ان كان يمكن جريانه فى المعاطاه الفضوليه بناء على إفادتها الإباحه- لإمكان الالتزام بالإباحه قبل الإجازه و كون الإجازه كاشفه عنها الا انّ الكشف الحقيقى فى الفضولى مع إمكانه فى مقام الثبوت لا دليل عليه فى مقام الإثبات و يكون الأمر دائرا بين النقل و الكشف الحكمى امّا الثانى فهو مستحيل لانّ التصرف فى مال الغير قبل الإجازه بعقد فضولى حرام، فإنّه لا يجوز التصرف فى مال الغير إلا باذنه و بعد الإجازه تحصل الإباحه من حينها و لا يمكن الحكم بإباحه التصريفات التى قبل الإجازه بالإباحه الحكميه فإنّ الشى ء لا ينقلب عمّا هو عليه و عن وقوعه فالتصرّف الذى كان محرّما لا يعقل ان يحكم عليه بالإباحه و هذا واضح جدا.

و اما على النقل فجريان الفضولى فى المعاطاه بناء على- إفادتها

الإباحه أيضا بمكان من الإمكان فإنّ حصول الإباحه بعد الإجازه لا نرى فيه محظورا أصلا.

و اذن يتوقف حصول الملكيّه على التصرّفات المتوقفه على الملك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۳۳

فتحصل بها الملكيّه آنا ما قبل التصرّف.

هذا كلّه فيما إذا قصدت الملكيّه و حصلت الإباحه الشرعيه بحكم الشارع كما تقدم تفصيل ذلک فی باب المعاطاه.

و اما لو قصد الفضوليّان الإباحه من الأول فلا شبهه فی عدم جريان ذلک فی المعاطاه فإنّه لا معنى لحصول الإباحه قبل الإجازه لتكون الإجازه كاشفه عنها بل هی تحصل بنفس الإجازه و لا يعقل ان ما وقع قبل الإجازه من التصرفات المحرّمه أن تكون مباحه بالإجازه كما تقدم.

(الإجازه و الرد فی المعامله الفضوليه)

قوله (ره) اما الكلام فی الإجازه.

اشاره

أقول: أساس القول بالكشف فی العقد الفضولی هو فرض الإجازه المتأخره متصله بالعقد و إلغاء الفصل الواقع بين العقد و الإجازه كما انّ أساس القول بالنقل هو فرض العقد متصلا بالإجازه بقاء و ان حصل بينهما الفصل حدوثا فكأنه وقع فی زمان الإجازه.

إذا عرفت ذلک، فالمشهور بين الفقهاء رضوان اللّه عليهم: انّ الإجازه كاشفه عن تماميّه السبب و هو العقد

و انّما الكلام فی طريق الكشف الحقيقی و كيفيته و هو على أنحاء.

الأول: ان يقال بالكشف الحقيقی بمعنى انّ الملكيّه إنّما حصلت حين العقد و اثّر العقد فيها

اشاره

من دون ان يكون تأثير العقد مراعى الى زمان الإجازه و هذا يتصور على وجوه:

الأول: ان يقال: انّ المؤثر التام فی المعامله الفضوليه ليس الا العقد كما هو مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۳۴

و انّما الإجازه معرفه لكون ذلك العقد تمام التأثير و كاشفه عنه من غير ان تكون لها مدخليّه فى حصول مقتضى العقد من الملكيّه و الزوجيه و نحوهما، و الا يلزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصه بل به مع شى ء أخر و هذا الوجه هو الذى أشار إليه المحقق و الشهيد الثانيان- على ما حكى المصنف فى المتن- و هذا المعنى بحسب مقام الثبوت و الإمكان و ان كان متصورا و ممكنا لإمكان تأثير العقد من جميع الجهات فى مقتضاه من غير توقف على شى ء و لو كان ذلك الشى ء رضا المالك كبيع مال المحتكر فى المخمصه فإنّه أيضا لا يكون راضيا مع انه صحيح، الا انّه لا دليل عليه بحسب مقام الإثبات، كيف؟ و قد اعتبر الشارع المقدس دخاله الرضا فى تأثير العقد و سمّى ذلك بالتجاره عن تراض و من الواضح جدا انّ العقد الفضولى قبل الإمضاء و الإجازه ليس معامله و تجاره عن تراض.

و بالجمله: مضافا الى عدم الدليل فى مقام الإثبات بصحه مثل هذا العقد، فالدليل على عدم صحته موجود آيه التجاره و بيع مال المحتكر و ان كان صحيحا من دون رضاه و طيب نفسه، و لكنه لدليل خاص و وجوب الوفاء بالعقد انّما فيما يكون صادرا عمن له العقد أو باذنه و الا يلزم الوفاء بكلّ ما يكون فى صوره العقد.

و الثانى مقابل القول الأول، و هو ان تكون الإجازه من جمله شرائط العقد كالإيجاب و القبول

بحيث يكون مؤثرا فى حصول مقتضاه و هذا المعنى أى تأثير الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم يتصوّر على نحوين فانّ ما يكون دخيلا فى الأمر المتقدم و شرطا فى تحققه تاره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۳۵

يكون من اجزائه و

اخرى من شرائطه. اما الأول: فكالمركبات الاعتباريه كالصلاه مثلا بان يكون الجزء المتأخر دخيلا فى صحه الجزء المتقدم بحيث انّ المتقدم تحقق صحيحا و تام العيار و كان المؤثر فى ذلك هو الجزء المتأخر مع انه لم يتحقق فان كل جزء من الاجزاء اللاحقه فى الصلاه دخيله فى صحتها و اما الثانى فككون الأمر المتأخر من شرائط الأمر المتقدم لا من اجزائه و مقوماته و هذا كدخاله أغسال المستحاضه فى صحّه صومها، فإنّ صحّه صوم الجزء المتقدم من طلوع الفجر مشروط بغسلها بعد الفجر بناء على كونه بعد الفجر- كما هو الحق- و صحه الصوم قبل الظهر مشروط بغسلها بعد الظهر و صحه صوم اليوم مشروط بغسلها بعد المغرب عند بعض و ان كان نادرا بخلاف الأولين فان فى جميع ذلك قد أثر الأمر المتأخر فى صحه المشروط المتقدم الا ان الكشف بهذا المعنى غير معقول فى كلا القسمين، فإنّه كيف يعقل تحقق المشروط على ما هو عليه من دون تطرّق نقص عليه مع عدم تحقق شرطه الا بعد مده و ليس هذا الا التناقض الواضح فان معنى تحقق المشروط على ما هو عليه من التماميّه و الصحه عدم دخاله شى ء فيه من الأمور المتقدمه و المتأخره و معنى دخالته عدم تماميّه المشروط و تحققه على وجهه بتمامه و كماله و هل هذا الا التناقض الواضح؟ و من هنا قال بعض الأكابر: انّ الالتزام بدخاله الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم ليس الا الالتزام بعدم استحاله التناقض فى الشرعيّات و اما الأمثله المذكوره، فشى ء منها لا يكون دليلا على صحه ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۳۶

توهم و سيأتى الوجه فى صحتها و عدم ارتباطها

لهذا الوجه.

الثالث: ان يكون المؤثر فى الأمر المتقدم هو وصف التعقب من غير ان يكون المشروط متقدما و الشرط متأخرا

و يكون الأمر المتأخر كاشفا عن تحقق الأمر المتقدم صحيحا و تماما و لا يكون له تأثير فى الأمر المتقدم بل يكون معرفا محضا نظير الأمثله المتقدمه من الصلاه و أغسال المستحاضه فى صحه الصوم، فانّ الدخيل فى صحه الصلاه وصف تعقب كلّ جزء السابق بالجزء اللاحق و فى صحه الصوم تعقب كلّ جزء متقدم من اليوم غسل المستحاضه و يكون ما نحن فيه أيضا كذلك فتكون تعقب العقد بالإجازه دخيلا فى صحه العقد.

و هذا المعنى و ان كان له وجه وجيه فى دخاله الأجزاء- اللاحقه فى الأجزاء السابقه فى الصلاه كما حقق ذلك فى محله، و لكنه لا دليل على جريانه فى المقام، فإنه لا دليل على دخاله الرضا المتأخر فى صحه العقد المتقدم بعنوان التعقب، فانّ مقتضى عدم جواز التصرف فى مال الغير ما لم يكن مقرونا برضا المالك محكم فالعقد الواقع فضولا ليس مقرونا بالرضا حين وقوعه فلا يمكن القول بحصول الملكيه قبل الإمضاء و الإجازه و الا لجاز التصرف فيه و اذن فيكون ذلك تصرفا فى مال الغير بدون الرضا فيكون حراما.

على انّ مقتضى قوله تعالى إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، عدم حصول الملكيه و التجاره إلا بالتراضى و الرضا، فلا شبهه انّ العقد الفضولى حين وقوعه و تحققه ليس واقعا عن تراض و رضائه حتى يحصل الملكيه بذلك.

و بالجمله: ان هذه الوجوه بين ما تكون مستحيله ثبوتا و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۳۷

إثباتا، و بين ما يكون ممكنا ثبوتا و غير محقق إثباتا.

ثم انّ هنا وجها رابعا نقله شيخنا الأستاذ عن المحقق الرشتى من انّ الإجازه كاشفه عن الرضا التقديرى

بمعنى انها تكشف عن رضا المالك ان التفت الى العقد و الرّضا المعتبر فى العقد هو الأعم من الحقيقى الفعلى و التقديرى.

و فيه: انّ

هذا من عجائب الكلام، فإنّه مضافا الى ما تقدم من انّ الرضا المقارن للعقد لا يكون مخرجا للعقد الفضولى عن الفضوليه فكيف بالرضا التقديرى؟ و من هنا قلنا انه لو التفت الفضولى برضائه المالك على البيع أو الشراء، فلا يكون ذلك موجبا لعدم كون العقد فضوليّا فإنّه ربّما لا يكون المالك راضيا بالعقد حين تحققه بل لو كان ملتفتا اليه لكان قاهرا على الفضولى لكونه ذا مفسده عنده فى ذلك الوقت بخلافه حين الإجازه، فيكون العقد عنده ذا مصلحه فيرضى به اذن فكيف يمكن ان تكون الإجازه كاشفه عن الرضا التقديرى؟

على انّه لا دليل على كون الإجازه كاشفه عن الرضا التقديرى بوجه بل هو تخيل محض و رجم بالغيب كما هو واضح على المتأمل.

فتحصل: انّ الكشف الحقيقى بحيث يكون الملكيّه مثلا موجوده قبل الإجازه و تكون الإجازه مؤثره فيه اما بنحو الشرطيه أو بنحو- التعقب أو لا تكون مؤثره فيها بل معرّفه محضه لا وجه له بوجه.

الوجه الثانى من طرق الكشف الحقيقى أيضا ما أشار إليه المحقق و الشهيد الثانيان

اشاره

على ما حكى عنهما- من انّ الإجازه متعلقه بالعقل فهو رضى بمضمونه و ليس الا نقل العوضين من حينه و محصل ذلك انّ الرضا من الأوصاف التعلقيه و الصفات النفسانيه ذات الإضافه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۳۸

و لها تحقق و تكوّن فى صقع النفس و لها بحسب نفسها فى ذلك العالم ماهيّه و وجود و توجد بخالقيه النفس و مع ذلك لا بدّ و ان تضاف إلى شى ء و يتعلق به حتى يكون ذلك الشى ء متعلقه نظير العلم و نحوه من سائر الصفات النفسيّه ذات اضافه و الا فيلزم تحققها بدون متعلقها و هو خلف و مناقضه اذن فاصل الملكيّه التى متعلق الرضا قد تحققت و

وجدت بواسطه العقد و الرضا انّما تعلق حين- الإجازه و الإمضاء من المالك بتلك الملكيّه الموجوده فى زمان العقد و الا فيلزم ان لا يكون للإجازه و الرضا متعلق مع انا فرضنا كونه من الأوصاف التعلقيّه.

و قد أورد عليه العلامه الأنصارى و تبعه جمله من الاعلام و منهم شيخنا الأستاذ بوجهين:

الأول: ان المنشأ عباره عن مضمون العقد من الملكيه فى باب البيع و الزوجيه فى باب النكاح و هكذا

و هو غير مقيد بزمان لتكون الملكيّه الحاصله بالعقد مقيده بزمان العقد و حاصله من حينه بل مضمونه عباره عن طبيعى النقل، فبالإجازه تقع الملكيه فى زمان النقل، نعم حيث انّ المنشأ و الإنشاء من الأمور الزمانيه فيكون التقيد بذلك بالعرض و القهر و ما نحن فيه ليس كالإيجاب فى العقود فإنّه ليس إلا إيجاب أصل الإيجاد دون الإيجاد المقيّد بزمانه و الا يلزم حصول الملكيّه مثلا قبل القبول مع انه باطل لعدم كونه من الإيقاعات بل هى كسائر مضامين العقد تحصل بعد القبول و هذا يكشف عن عدم تقيّد مضمون العقد بزمان الإيجاب.

و بالجمله انّ مضمون العقد ليس مقيّدا بزمان و انّما الزمان ظرف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۳۹

له لكون ذلك المضمون من الزّمانيّات فيكون الملكيّه بعد الإجازه.

و فيه: انّه لو كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ لكان لذلك الاشكال وجه، بدعوى انّ المنشئ انّما ينشئ مضمون العقد و يوجده على نحو اللابشرطيّه من غير تقيّده بقيد من الزمان و غيره و اما بناء على ما حققناه و اخترناه فى معنى الإنشاء من انّه عباره عن الاعتبار النفسانيه و إظهاره بمبرز من المبرزات فعليّا أو قوليّا فلا وجه لذلك الاشكال بوجه.

و ذلك لما حققناه فى الأصول من ان الإهمال فى الواقعيّات من المستحيلات الأوليّه، و انّ الأمور الواقعيه لا يعقل ان تكون عاريه عن الإطلاق أو التقييد بل لا بدّ امّا و ان تكون فى موطنها اما

مطلقا أو مقیده، فالذی یوجد امرا و یعلم بما یوجد لا یعقل ان لا یعلم بکونه مطلقا أو مقیّدا، اذن، فالمعتبر لمضمون العقد فی عالم نفسه امّا ان یعتبره مطلقه و غیر مقیده بقید و شرط أو مقیده بهما، فحیث لم یکن مقیّدا فقهرا یکون مطلقا من غیر ان یکون مقیّدا بحصوله بعد الإجازه بل من حین العقد فبالعقد تحصل الملکیّه المطلقه الدائمیه کما هو واضح فتکون الإجازه متعلقه بتلک الملکیّه المستمره فیکون اعتبار الملکیّه من الأول.

و اما النقض بالقبول، فهو باطل من أصله، و غیر مربوط بالمقام فانّ مضمون العقد ما لم یتحقق القبول لا یحصل بالإنشاء و الإیجاب المحض و انّما هو بالقبول و الا فلا یتحقق عنوان العقد الذی قوامه بالإیجاب و القبول، و من هنا قلنا: انّ الإیجاب انّما یتحقق علی تقدیر القبول و التعلیق مما لا بدّ منه و ان لم یصرّح به و قلنا فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۴۰

أحکام الصیغه انّ مثل هذا التعلیق لا یضرّ بصحه العقد لکونه راجعا الی ما یتوقف صحه العقد علیه و هذا بخلاف ما نحن فیه فانّ العقد قد تم بالإیجاب و القبول الفضولیین و انّما یتوقف نفوذه و مضیّه علی اجازه المالک، فلا یقاس ذلک بالإیجاب المحض.

و الذی یوضح ذلک انّه لو آجر الفضولی دار احد للغیر إلی سنه فاجازه المالک بعد شهرین فلا شبهه فی صحه ذلک مع انّ متعلق الإجاره مقیّد و هکذا العقد المنقطع، فیعلم من ذلک انّ المنشأ فی العقد الفضولی لیس مهملا فیکون المقام علی عکس باب الوصیه، فإنّه تحصل الملکیّه بعد الموت مع انّ الإنشاء متقدم علیه فلو کان المنشأ مطلقا لکان لازمه

الالتزام بحصولها قبل الموت، و على هذا فلا- محذور فى المقام للالتزام بحصول الملكيه قبل الإجازه فإن باب الوصيّه مع ما نحن فيه من هذه الجهه مشتركه.

الإشكال الثانى: انّه سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه و لكن لا بمعنى انّ وقوعه فى الحين جزء لمدلوله

حتى يقال ليس معنى بعت، أوجدت البيع فى الحال بل بمعنى انّ وقوع الإنشاء فى الحال يقتضى تحقق منشأه حالا و تحقق مضمون العقد بالفعل و لكنه مع ذلک لا يقتضى تحقق السبب التام حال العقد و حصول مضمونه حينه، و ذلک لانّه لم يدل دليل على إمضاء الشارع العقد على هذا الوجه بحيث تكون الملكيه حاصله قبل الإجازه لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف متوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم انّ المالك لا يصير عاقد أو بمنزلته الا بعد الإجازه فلا يجب الوفاء الا بعدها، و من المعلوم انّ الملک الشرعى يتبع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۴۱

الحكم الشرعى فما دام لا يجب الوفاء، فلا ملک كما انّه ما لم يتحقق القبول لا يتحقق مضمون العقد بالإيجاب المجرّد.

و بعباره أخرى لو سلمنا حصول الملكيه من زمان العقد و تحقق النقل به الا انّ الملكيه الشرعيه لا تحصل إلا بالإجازه فيكون النقل المالكى الشرعى من زمان الإجازه اذن، فلا معنى للكشف لحصول الملكيه بتمام المعنى من حين الإجازه.

و فيه: انّ الإجازه تكشف عن تحقق الاعتبار حين العقد و ان الشارع يمضى بالإجازه أيضا من الأول كما هو مقتضى الإطلاقات و- العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ و غيرهما من غير ان يكون بعنوان الكشف الحقيقى أو الحكمى فإنّ النقل انّما حصل بالعقد مطلقا كما عرفت فى الجواب الأول لا مهملا كما قد يكون حاصلا مقيدا أيضا كما فى الإجازه و النكاح المنقطع

و ليس ذلک کشفا حقيقيا کما تقدم فإنّه لا يعقل تحقق النقل قبل تحقق سببه و لا کشفا حکميّا- کما التزم به المصنف- من الحکم بحصول النقل حکما و تنزيلا- فإنّه و ان کان صحيحا الا انّه فيما لم يکن طريق صحيح للحکم بحصول الملکيّه و النقل الصحيح قبل الإجازه غايه الأمر يکون حصولها بالإجازه و امّا مع وجوده کما سنذکره فلا ملزم للأخذ بما ذهب اليه المصنف.

و توضيح ذلک انّه ذکرنا فى الأصول انّ الأمور الاعتباريه لا وعاء لها الا ظرف اعتبارها سواء کان المعتبر من الأمور الخارجيّه أو لم يکن کذلک مثلا- لو اعتبر أحد ملکيّه داره لشخص، فيکون وجوده فى عالم الاعتبار فقط و هکذا لو اعتبر زيدا موجودا فيکون ذلک موجودا فى عالم الاعتبار و قائما به و لو کان ذلک المعتبر من الأمور الخارجيّه فإن الوجود

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۴۲

الاعتبارى سنخ وجود غير مربوط بالوجودات الخارجيه لأنّ الموجود الخارجى ليس واردا بعالم الاعتبار فانّ الوجود الذهنى غير الوجود الخارجى کما حقق فى محله.

و بالجمله فوعاء الوجودات الاعتباريه ليس الا- عالم الاعتبار فتوجد بمجرّد الاعتبار لکونها خفيف المئونه من غير احتياج إلى مبادى الوجود الخارجيه.

إذا عرفت ذلک:

فنقول: انّ الاعتبار تاره يتعلق بالأمر الحالى فيعتبر المعتبر ملکيّه داره مثلا لشخص فى الحال الحاضر کما إذا باع داره من زيد بالفعل من غير ترقب و تأخر لأنّ الاعتبار و المعتبر کلاهما فعلىّ، و اخرى يتعلق بأمر استقبالى کاعتبار الملکيه لشخص بعد مده کما فى باب الوصيه حيث يعتبر الموصى ملکيّه الموصى به للموصى له بعد موته و وفاته فالاعتبار حالى و المعتبر استقبالى، و ثالثه يتعلق بالأمر الماضى بأن يعتبر

ملكيّه ماله لزيد من الأمس فلو لم تكن الارتكازات العرفيه على خلافه لحكمنا بجواز ذلك البيع أيضا و كان المال ملك المشترى من الأمس فإنّه ليس فى ذلك محذور عقلى أو شرعى بوجه.

فإذا جاز تعلّق الاعتبار بكل من الأمور الثلثه الحاليّه و الاستقباليه و الماضيه فلا محذور للالتزام بتعلق اعتبار الملكيّه فى باب الفضولى بأمر متقدم فيكون الإجازه اعتبارا للملكيّه من زمان العقد التى قد اعتبرها الفضوليان فهذا من حيث الإجازه من قبل تعلّق الاعتبار بالأمر المتقدم و من جهه تحقق العقد من الفضوليين فاصل اعتبار الملكيّه فعلىّ و لكن المعتبر تحقق بعد الإجازه و لا يضر التعليق على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۴۳

صحته.

و بعباره أخرى فحيث جاز تعلّق الاعتبار بأمر متقدم فى عالم الاعتبار كبيع الدار من أمس مثلا فجاز اعتبار الملكيّه لأحد قبل سنين، و لكن حيث قام الارتكاز على خلافه فى البيع و الشراء فلا نقول بذلك فيهما و اما فى الإجازه، فلا محذور فيه بوجه و فى باب الفضولى حصل الاعتبار من البائع و المشترى و تحقق البيع بالحمل الشائع فى الخارج و لكن كان نفوذه متوقفا على اجازه المالك فالمبيع أو الثمن ملك لمالكهما و بالإجازه كشفنا حصول الملكيه لكل من البائع و المشترى من حين الاعتبار و العقد بحيث كان كلّ منهما مالكا لصاحبهما الى هذا الزمان، و فى هذا الزمان صار ملكا للآخر بالإجازه من أوّل الأمر حقيقه فإنّ بالإجازه انضم العقد السابق الذى انوجد بالفضوليين بالمالك، فصار البيع بيعه و الشراء شرائه اذن فيشمل على ذلك البيع العمومات الداله على صحه البيع من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ و تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ.

و بالجمله بعد

القول بتحقق الاعتبار قبل الإجازه فمقتضى- العمومات نحكم بالصحه و كونه بيعا صحيحا للمالك لانضمامه إليه بالإجازه لا ان الإجازه كشف عن انّ الملكيّه كانت حاصله من الأول بل الإجازه أوجبت حصول الملكيّه فعلا اذن فيترتب عليه آثار الملكيّه من الأول و على هذا فلا- تكون مضطرا للميل الى ما ذهب اليه المصنف من الالتزام بالكشف الحكمى حيث انّه فيما لم يكن لنا طريق على طبق ما تقتضيه القواعد و ليس هذا مثل الواجب التعليقى فان فى الواجب التعليقى إنشاء الوجوب فعلى و الواجب متأخر بخلافه هنا فانّ الموجود فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۴۴

المقام ليس الا الاعتبار و امّا الملكيّه فتحصل بعد الإجازه فيكون نظير التعليق غايه الأمر انه باطل فى العقود لا من جهه الإجازه.

و قد أشكل على ذلك شيخنا الأستاد بأنّه لا يعقل توجه الحكمين المتضادين الى متعلق واحد و ان كان زمان الحكم متعددا فإنّه لا يعقل ان يكون المال الواحد فى زمان واحد ملكا لشخصين و ان كان زمان الحكم بملكيّه أحدهما مغاير الزمان الحكم بملكيّه الآخر و ليس ذلك إلا مناقضه واضحه و قد ذكر ذلك أيضا فى الخروج عن الأرض المغصوبه من انّه لا يعقل الحكم بوجوب الخروج مع كونه حراما قبل الدخول لكونه متناقضه و لو كان زمان الحكم متعددا نعم يجرى ذلك فى حق غير العالم بالغيب ممّن يجرى فى حقه البداء و اما فى حقه تعالى فلا يعقل ذلك بوجه.

و فيه: انّ هذا متين فى الأحكام التكليفيّه لكونه لغوا محضا دون الأحكام الوضعيه فإنّ قوامها باعتبار المعتبر فهو خفيف المئونه فلا مانع من اعتبار ملكيّه المبيع مثلا لمالكه الأصلى إلى زمان الإجازه و

باعتبـار ملكيته للمشترى من زمـان العقـد أيضـا بالإجازه و الرضا فإنّه أيضا اعتبار الملكيّه من المالك للبائع أو المشترى و لا مانع من ذلـك بوجه و ان كـان نفس ذلـك موضوعـا للأحكـام التكليفيه أيضـا فـإنه لاـ بـأس به و انمـا المحـذور فى نفس الأحكـام التكليفيه من اللغويه و المناقضه لكونها ناشئه عن المصالح و المفاسد فى متعلقها على المعروف أو عن المصالح فى الأغراض فلا يمكن ان يكون هنا فى شى ء واحد مصلحه و مفسده يستدعيان الحكم المتناقضين أو غرضين كذلك كما هو واضح لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۴۵

و بعباره اخرى ان الامورات الوجوديه على أقسام ثلثه:

الأول: ما يكون من قبيل الجواهر التى لا تحتاج فى وجودها الى موضوع.

و الثـانى: ما يكون من قبيل الأعراض التى إذا وجـدت تحتاج فى ذلک الى الموضوع فهـذين القسـمين وجودات تاصـليه فجميع أحكـام الوجود التأصـلى و أثارهـا يترتب عليهما فلا يمكن مع تحققها و تأصـلها فى الخارج طرو العـدم عليها بالاعتبار و الا يلزم اجتماع النقيضين.

الثالث: الوجودات الاعتباريه فقوامها و تحققها فى وعائها انما يكون بالاعتبار فلا يترتب عليه شـى ء من آثار الوجودات الخارجيه و كما وجودها بالاعتبار و هكـذا عدمها و كما يمكن فرضـها و اعتبارها فى وقت خاص على نحو خاص و هكذا يمكن اعتبارها فى زمـان آخر فى ذلـک الـوقت الخـاص الـذى اعتـبر فيه على نحو خـاص على نحو آخر من غير ان يلزم فيه شـى ء من اجتمـاع النقيضـين أو الضـدين و هـذا بخلاـف الوجودات المتأصـله فـإنّه بعـد تحققهـا و تكوّنهـا فى الخـارج على طبق مـا عليه ماهيتها و بخواصها لا يمكن الحكم عليها بالعدم أو باعتبارها على نحو آخر و الا يلزم

اجتماع النقيضين أو الضدين أو المثلين.

و السر فى ذلك انّ الامورات التاصليه لا تختلف بالاعتبار و هذا بخلاف الاعتباريات فانّ قوامها وجودا و عدما ليس الا بالاعتبار غايه الأمر ان يكون الاعتبار فيه مصلحه لئلا يلزم اللغويه.

إذا عرفت ذلك.

فنقول: ان الملكيّه ليست من الوجودات المتأصله جوهرا كان أو عرضا بل هى من الأمور الاعتباريه اذن فيختلف ذلك بالاعتبار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۴۶

فلا يلزم شى ء من المحذورات غير اللغويه إذا لم يكن الاعتبار عن مصلحه و على هذا ففى باب الفضولى انّ الفضوليين إذا عاملا معامله فاعتبرا مالكيه كلّ من العوضين الذين لغيرهما لمالكه الأخر و عقدا على ذلك فيكون اعتبار ملكيّته فى العرف و الشرع بالفعل مع مالكهما الأصليه لعدم كون ذلك العقد حين تحققه برضائه مالك العين مع كونها من شرائط البيع ليكون تجاره عن تراض و يكون تأثير ذلك العقد معلقا على اجازه المالك و لا يضرها مثل هذا التعليق لعدم شمول الإجماع القائم على بطلان التعليق فى باب العقود على مثل ذلك فإنّه من شرائط صحه العقد فان لم يجز المالك ذلك العقد فيبقى الاعتبار الأول على حاله فيلغو العقد الذى أوقعه الفضوليّان و ان أجاز المالك ذلك فيكون حين الإجازه و الإمضاء معتبرا لملكيه ماله لشخص آخر من الأول و حين العقد على النحو الذى اعتبره الفضوليّان بحيث لم يكن ذلك الغير إلى الان مالكا للعين بل كانت ملكا لمالكها و بالفعل صار ذلك ملكا المشترى ان كان أصيلا أو من له الشرى ان كان فضوليّا مالكا من الأول فلا مانع فى ذلك إن كان فيه مصلحه فكانت المصلحه تقتضى الى الان صحه اعتبار الملكيه للمالك الأصلى و

من الآن للمشترى مثلا من الأول فإن الاعتبار بعد ما كان خفيفه المئونه و لم يكن لغوا صحّ تعلّقه على متعلق واحد على نحوين متنافيين فى زمانين و بعد ذلك الإمضاء يتوجه أدلّه صحه البيع من الأول فإنّ موضوع تلك الأدله كانت متحققه الّا من جهه انتفاع الإجازه و عدم تحققها و بعد التحقق يتم الموضوع فتكون أدله الصحه محكمه.

و من هنا يندفع ما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم إمكان اجتماع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۴۷

حكمين متنافيين فى متعلق واحد و ان كان الزمان متعددا بل- المناط فى صحه الاجتماع هو تعدد المتعلق و ذكر ذلك أيضا فى الخروج عن الأرض المغصوبه.

و وجه الاندفاع انّه فى باب التكاليف كما ذكر لكونها ناشئه من المصالح و المفاسد عن المتعلق أو الغرض بخلافه هنا فان قوام الأحكام الوضعيه ليس الا باعتبار المعتبر فلا محذور فى توجه اعتبارين على متعلق واحد كما لا يخفى، و بهذا تم الكشف الذى نقول به فى باب الفضولى و هذا المعنى أوضح فى باب الإجازه و النكاح المنقطع فإنّه إذا أجاز المالك أو الزوج ذلك العقد بعد شهر، فيكون الإجاره الواقعه على الدار مثلا- سنه أو النكاح إلى سنه صحيحا من الأول فإنّه بناء على صحه الفضولى لم يستشكل أحد فى صحه ذلك مع انّه لم يتحقق هنا بالإجازه عقد إجاره أو عقد نكاح.

و ربّما يشكل على ما ذكرنا بأنّه انّما يتمّ ذلك فى القضايا الخارجيه سواء كانت صادره من الموالى العرفيه أو من المولى الحقيقى و امّا فى القضايا الحقيقيه التى على نسقها الأحكام الشرعيه، فإنّ جميع المجعولات الشرعيه أو جلّها على نحو القضايا الحقيقيه فلا يتم هذا البيان

و ذلـک فانّ کلامنا فی حصول الملکیه و اعتبارها لیس إلا فی الملکیه الشـرعیه فإنّه هو الـذی کان محل النزاع فی المقام من انّه حاصـله أم لا و الا فالملکیه فی اعتبار المتعاقـدین الفضولیین قـد حصـلت قطعا. و اذن فإن کان المراد من اعتبار الملکیه الشـرعیه اعتباره من حین العقد فقد حصل من الأول قطعا و ذلک لانّه بعد فرض کون

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۴۸

الاعتبارات الشـرعیه من قبیل القضایا الحقیقیه، فهی حاصـله قبل وجود المتعاقدین بل قبل خلق هذه الأمه أو الخلق فان علمه عند اللّه فلا- یتوقف ذلـک الا- علی تحقق الموضوع کمـا فی سـائر القضایـا الحقیقیه الشـرعیه و غیرها مثلا وجوب الحـج مجعول من الأول لکلّ من یکون مسـتطیعا فالمکلّف انّما یکون موضوعا لـذلک الحکم بالاسـتطاعه لا انّه یجعل الحکم له بالفعل و کذلک جعل الحکم بنجاسه البول بالقضـیه الحقیقیه، فإذا وجـد البول فیحکم بنجاسـته و لا یترتب ذلک الحکم علی غیره کالعرف و ان کان فیه اجزاء البول أیضا و هکـذا فی المقام فإذا فرضـنا کون موضوع الملکیه الشـرعیه هو العقـد فقط من ایّ شـخص تحقق مع رضـائه المالـک و ان کـان ذلـک متـأخرا فیکون مثل الواجب المشـروط فتکون الملکیه حاصـله حین العقـد متوقفا علی الإجازه المتأخره، و ان کان المراد من حصولها أی الملکیه بعد الإجازه فإنّ بالإجازه یتم موضوع الملکیه فتکون حاصله من حین الإجازه دون قبلها فعلی الأول یکون کشفا و علی الثانی یکون نقلا فلا واسطه فی البین لیکون وجها آخر.

و فیه أولا- انه لا- دلیـل لنـا لإثبـات الملکیه الشـرعیه حتی یشـکل بمثـل ما مرّ بل ما للشارع هو الحکم علی الموضوع الخارج من التقدیریه

الى الفعليه فعند المعامله و تحققها فى نظر العرف فيحكم الشارع على طبق العرف و لا شبهه انّ العرف يرى البيع الفضولى معامله صحيحه فبالإمضاء و الرضا من المجيز المالك يتحقق الملكيه من أول الأمر نعم فى بعض الموارد يحكم الشارع على الملكيه و ان لم يفهم العرف ذلك كما فى باب الإرث فإن الوارث يرث لما تركه مورثه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۴۹

و بالجمله لا حكم للشارع فى باب المعاملات تأسيسيّا بحيث- يعتبر الملكيّه عند البيع للبائع أو المشترى كاعتبار المتعاملين ذلك بل الشارع انّما يحكم على طبق ما يحكم به العرف و المتعاملان على حسب اعتبارهم بحيث يكون ما يرون العرف موجبا للملكيّه و محصلا لها موضوعا لحكمه بالملكيّه أيضا إلا ـ فى مقام التخطئه كبيع المنابذه و الملامسه و الحصاه و بيع الربوى، فحيث انّ العرف لا ـ يرى بأسا فى إمضاء المجيز و اعتباره الملكيه من زمان العقد فيكون الشارع أيضا حاكما على طبق ذلك و يتوجه عموما صحه البيع و إطلاقاته عليه لكونها ناظره على ما يرونه العرف معامله، فلا شبهه فى كون بيع الفضولى مع تلك الإجازه معامله و تجاره عن تراض عند العرف.

و بالجمله لا محذور فى ما ذكرنا إثباتا و ثبوتا.

و ثانيا سلّمنا انّ الشارع قد حكم بالملكيّه و له حكم فى ذلك و لكنه حكم بمالكيّه المجيز الثمن إذا كان بائعا و المثمن إذا كان مشتريا من زمان الإجازه على النحو الذى ذكرنا فإنّه بعد البناء على صحه الفضولى و إثبات عدم تماميه الكشف الحقيقى بغير الذى ذكرنا من المعرضيه المحضه و تأثير الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم أو عنوان التعقب اما لعدم معقوليتها أو لعدم تماميه

دليـل الإثبـات الـذى هى نتيجه القول بـالكشف الحكمى فلاـ بـدّ لنا من الالتزام بما ذكرنا و الا نلتزم- بالكشف الحكمى على ما ذكره المصـنف حتى يمكن لنـا التفصـى عن العجز من توجيه مـا ظهوره فى الكشف صونـا له من اللغويه مع انّه أيضـا تمـام كما سنتعرض له بخلاف ما ذكر فإنّه تمام ثبوتا و الدليل موجود عليه إثباتا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۵۰

بـل أدله صـحه البيع الفضولى ظـاهره فى الكشف كروايه قيس و غيرهـا و يأتى بيان ذلك فى بيان ثمره القول بالكشف أو النقل فى ضـمن ردّ كلام شـيخنا الأسـتاذ بناء على تماميّتها خصوصا الروايات الوارده فى التزويـج من انّه إذا مات احـد الزوجين الـذى عقـد عليهما فضوله سواء كانا ذلك الزوجين صـغيرين أو كبيرين فمات أحـدهما فيسـتحلف أحدهما على رضايته بالنكاح لو لم يمت الزوج الأـخر ثم يرث فـان ذلـك صـريح فى صـحه النكاح الفضولى على الكشف غايه الأمر أنّها مطلقه بالنسـبه إلى أقسام الكشف و لكن حيث عرفت انّ المعرضـيه المحضه و عـدم دخاله الإجازه فى صـحه العقد باطل لصـراحه الآيه فى اشتراط صـحه التجـاره بالرضـايه من المالـك و الاـلتزام بتأثير الإجازه المتأخره فى الملكيّه المتقـدمه مسـتحيل و الالتزام بالتعقب لا وجه له و لا دليـل عليه فـالكشف الحكمى فى نفسه غير معقول كمـا سـيأتى فيتعين مـا ذكرنـا فيكون هو المراد من الروايه مع ان أصاله عـدم الإجازه جاريه هنا فأىّ شى ء أوجب الخروج من هذا الأصل فان لم يكن الكشف تماما لم يكن للنقل معنى فى حال الموت كما هو واضح.

ثم بقى هنا شى ء و هو انه ربّما يقال بظهور هذه الروايات الوارده فى النكاح الفضولى فى الكشف الحقيقى، فإنّه

لو لم يكن كـذلك لم يكن معنى لعزل النصـيب من الأول و انتظار الإجازه الى ان يستحلف بأنّه لو لم يمت الزوج الأخر أيضـا لكان راضيا بالعقد- فعزل النصيب قبل الإجازه ظاهر فى الكشف الحقيقى الذى فرضتم ذلك غير معقول.

و فيه: انّ عزل النصيب لا يدل على ذلك بل هو للاحتياط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۵۱

فى باب الأموال فيكون ذلك مانعا عن جريان الأصل كما أشار إليه فى المتن و له نظير فى باب الإرث من غير ان يكون مختصـا بهذا المورد كما إذا مات احد و كانت زوجيه حامله، فإنّه عزل هنا نصـيب الذكرين احتياطا فى الأموال مع انّه ليس هذا النصـيب مملوكا الا احتمالا لعدم اليقين بأنّ الزوجه تلد ذكرين.

و بـالجمله الاحتيـاط الشديـد فى باب الأموال لئلا يفوت حق احـد على غير الوجه الشـرعى و أهميّه الشارع بـذلك، أوجب عزل النصيب فيما ذكر و هذا لا يوجب إثبات الكشف الحقيقى فافهم.

و الحاصل انّك قد عرفت انّ الكشف الحقيقى على أقسامها غير ما ذكرنا اما مستحيل أولا دليل على صحته فى مقام الإثبات.

ثم انّ فخر المحققين حكم بالكشف الحقيقى بـدعوى انّ العقـد حال الإجازه معـدوم، فلو قلنا بالنقل للزم تأثير أمر المعدوم اعنى العقد فى الأمر الموجود أعنى الملكيه و قد طبق ذلك بالفلسفه كما هو دأبه فى بعض الفروع الفقهيه.

و فيه: أولا انّ ما نحن فيه ليس من قبيل العله و المعلول التأمين بل من قبيل جزء السـبب، فيجوز فى ذلك تأثير الأمر المعـدوم فى الموجود فى التكوينيات فانّ الأسـباب و المعـدات للشـى ء توجـد تـدريجا و تنعـدم فيترتب عليه المسبب بعد ذلك كالقتل فانّ أسبابه توجد و يترتب عليه الموت بعد

مده و هكذا غيره فإذا كان فى التكوينيات كذلك فكيف لك إنكاره فى التشريعيات؟ نعم فى العليه و المعلوليه التامتين لا يمكن الانفكاك كا التحريك بالنسبه إلى تحرّك المفتاح فانّ الفصل لا يعقل الا بتخلل الفاء فى اللفظ فقط على انّه يرد عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۵۲

النقض بالإيجاب و القبول فإن الإيجاب قد يتحقق و ينعدم الى زمان القبول و بالوصيه فإنّها تنعدم عند الموت مع انّه لم يستشكل أحد فى تأثيرهما فى الملكيّه بل لازم ذلك إنكار شرطيه القبض لصحه بيع الصرف و السلم لانعدام العقد الى زمان القبض فيلزم المحذور.

و الحل فى الكل انّ العقد لا ينعدم بل يبقى اعتبار المتعاقدين إلى الأبد ما لم يطرئه مزيل فإنّه ليس عباره عن اللفظ المجرّد-لينعدم بمجرّد الحدوث بل هو الاعتبار النفسانى مع المظهر فيبقى ذلك عندهما و عند العرف.

و اما الكشف الحكمى

الذى ذكره المصنف و قلنا إذا لم يتم ما ذكرناه من الكشف الحقيقى على النحو الذى سلكناه فلا بد من الالتزام بما ذكره المصنف من الكشف الحكمى فمعناه كما فى المتن إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع الا بعد الإجازه بحيث يحكم بإثبات آثار الكشف من أول الأمر و حين العقد و لازم ذلك إثبات آثار الملكيّه من حين العقد و قد نقل المصنف هذا الوجه من أستاده شريف العلماء.

أقول: ان تنزيل شى ء مقام شى ء آخر يكون على أنحاء.

الأول: ان ينزّل الأمر الواقعى التكوينى مقام أمر واقعى تكوينى آخر كتنزيل الفقاع منزله الخمر و تنزيل الطواف منزله الصلاه و نحوهما إلخ فيوجب التنزيل ترتيب آثار الصلاه على الطواف و آثار الخمر على الفقاع فلا يلزم المحذور فإنّه

لا يلزم منه تشريع الحكم.

الثاني: ان يكون التنزيل فى بعض الآثار مع كون المنزّل و المنزل عليه كليهما امرا تعبديّا كتنزيل من يراد زوجيته فى جواز

النظر إليها، فإن كل منهما أمر تعبدى مع كون التنزيل فى بعض الآثار.

الثالث: ان يكون المنزّل عليه امرا تعبديّا مع كون التنزيل فى جميع الآثار نظير المقام حيث انّ أصل الملكيه بعد اجازه المالك أمر تعبدى، فقد يحكم الشارع بإجراء آثار الملكيه عليه بعد العقد و كون جميع آثار الكشف مترتبا عليه فهذا لغو محض حيث انّ الحكم على هذا النحو و التنزيل كذلك ليس الا الحكم بالملكيه الحقيقيه و جعل الملكيّه فلا معنى لتسميته باسم التنزيل و هذا نظير تنزيل- إمساك الاعتكاف منزله الصوم فى جميع الآثار مع عدم تسميته صوما و هكذا فافهم و تأمّل.

(فى ثمره النقل و الكشف)

اشاره

قوله بقى الكلام فى بيان ثمره بين الكشف إلخ.

أقول: و قد ذكر المصنف فى ضمن أسطر ما لم نفهم معناه و لا ندرى ما ذا فهمنا منه سابقا فإنّه ذكر أولا- على ما هو ظاهر كلامه-:

انّه على القول بالكشف الحقيقى على نحو التعقب لو علم المشترى بإجازه مالك المبيع العقد يجوز له التصرف فى المبيع لحصول شرطه فى الواقع و فى علم اللّه و قد صرّح بذلك قبل نصف صحيفه ناقلا فى البعض و قال: و التزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازه لا نفس الإجازه فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازه لو علم تحققها فيها بعدا.

و فيه: انّه بناء على القول بالكشف الحقيقى لا معنى للفرق

بين الالتزام بالتعقب أو تأثير الإجازه

المتأخره فى المتقدم أو العرفيه المحضه فإنّه على جميع التقادير تحصل الملكيه من الأول كما هو معنى الكشف الحقيقى، و بعد حصولها فلا وجه لمنع جواز التصرف بل على القول به يجوز التصرف مطلقا كما هو واضح لا يخفى ثم ذكر و اما الثمره بين الكشف الحقيقى و الحكمى مع كون نفس الإجازه شرطا فيظهر فى مثل ما إذا وطى المشترى الجاريه قبل اجازه مالكها فأجاز فإنّ الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا لأصاله عدم الإجازه و حلال واقعا لكشف الإجازه عن وقوعه فى ملكه و لو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى لانّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك انتهى.

و هذا الذى لا ندرى ماذا أراد منه المصنف فإنّه مع حكمه على ما هو ظاهر كلامه بعدم جواز التصرف قبل أسطر على القول بالكشف الحقيقى إلا فى صوره التعقب فكيف حكم بكون التصرف حلالا واقعا فهل هذا الا التناقض؟ و لعل و اللّه العالم انّ هذا من سهو- القلم.

و التحقيق ان يقال: انّه بناء على الكشف الحقيقى على جميع أقسامها غير ما ذكرنا يجوز التصرف فى المبيع و الثمن إذا علم انّ المجيز يجيز العقد لتحقق شرطه واقعا فلا يجرى هنا أصاله عدم- الإجازه فيحكم بالجواز ظاهرا و واقعا و مع توليد الأمه فتكون أم ولد و مع عدم العلم بالإجازه فيحرم التصرف فى الظاهر و يجوز فى الواقع و يكون حلالا على تقديران يجيز المالك و الا فيحرم فى الظاهر و الواقع و اما على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى فلا يجوز التصرف فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۵۵

الظاهر و الواقع حتى مع

العلم بالإجازه فإن الفرض انّ الملكيه تحصل بالإجازه فلا معنى لجواز التصرف قبله فى مال الغير بل يكون حراما و مع وطى الأمه فيكون زنا فيحدّ و لا تكون الأمه أم ولد و لو مع تحقق الإجازه فإنّها لا يوجب انقلاب و أوقع حراما من واقعه و الشى ء لا ينقلب عمّا هو عليه.

و اما على الكشف الحكمى فأيضا لا يحكم بترتب آثار الملكيّه إلا بعد الإجازه فإنّ ما وقع من التصرفات قبل الإجازه فإنما هى تصرفات غير مشروعه فلا ينقلب عمّا هو عليه بعد الإجازه حتى بحكم بترتب آثار الملكيّه عليه قبل الإجازه أيضا.

و الحاصل انّ الكلام فى بيان ثمره القول بالكشف أو النقل يقع فى جهات.

اشاره

الاولى فى بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات المشترى أو الأجنبى قبل الإجازه.

الثانيه فى حكم تصرّفات المالك المجيز فى العين التى بيعت فضوله.

الثالثه فى تصرفاته فى نماء تلك العين.

الرابعه فى تصرفات ما انتقلت العين اليه.

اما الجهه الاولى [فى بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات المشترى أو الأجنبى قبل الإجازه.]

فإذا تصرّف المشترى أو الأجنبى فى تلك العين فهل يترتب أحكام الملكيّه على تصرّف المشترى و أحكام العقد على تصرّف الأجنبى أم لا أو يفرق بين الكشف الحقيقى فيحكم بالترتب و بين الكشف الحكمى فيحكم بعدم الترتب؟ مثلا إذا اشترى امه فضوله فاستولدها أو زنى الأجنبى بها فهل تصير الأمه على الأول

أمّ ولد و زنى الأجنبى زنا بذلت البعل فيترتب على ذلك أحكامهما أم لا؟ فامّا على النقل فلا شبهه فى كون الزنا زنا بذات بعل و عدم كونها أم ولد بل كان وطى المشترى أيضا حراما تكليفا فإنّ- الإجازه الحاصله بعد الوطى الواقع عن حرام لا توجب انقلاب الحكم عن واقعه و جعل ما وقع حراما حلالا و الشى ء لا ينقلب عمّا هو عليه و الاستيلاد المترتب على الوطى الحرام لا يكون موجبا لصيروره الأمه المستولده أم ولد كما لا شبهه فى انّه على الكشف الحقيقى على أنحائه غير ما ذكرنا تكون الأمه بالاستيلاد عن وطى المشترى قبل الإجازه أمّ ولد و ان كان الواطى جاهلا بوقوع الإجازه عن المالك المجيز فانّ التصرف انّما وقع فى ملكه، فيكون نظير ما وقع الوطى على الأمه بزعم أنّها أجنبيّه فبانت مملوكه فإنّه لو ولدت ولدا بهذا الوطى فتصير ذات ولد بذلك و على هذا فيكون وطى الغير بها زنا بذات بعل فتحرم عليه مؤيده و هكذا الكلام فيما إذا عقد على امرأه فضوله

فزنى بها احد قبل الإجازه، فإنّه يكون ذلك زنا بذات بعل على القول بالكشف فيترتب عليه احكامه و هذا بخلافه على النقل و اما على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هى نتيجه الكشف الحكمى و على الكشف الحكمى الذى ذكره المصنف فاختار بناء على الكشف الحكمى صيروره الأمه باستيلاد المشترى قبل الإجازه أمّ ولد لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك و مع ذلك حكم بحرمه الوطى تكليفا و على هذا، فيكون وطى الغير لها زنا بذات بعل لا زنا المجرد فتحرم عليه مؤبده.

ثم احتمل تحقق الاستيلاد على الحكمى لعدم تحقق حدوث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۵۷

الولد فى الملك و ان حكم بملكيته للمشترى بعد ذلك و أنكر ذلك شيخنا الأستاذ عليه، فحكم بتحقق الاستيلاد بذلك.

و الذى ينبغى ان يقال: انّه على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى نقول عدم تحقق الاستيلاد بوطى المشترى قبل الإجازه كما انّ الواطى كان محرّما كما عليه المصنف أيضا، فلا يتحقق بذلك الاستيلاد أيضا و ان زنا الغير بها زنا بغير ذات بعل.

و توضيح ذلك انّه و كان بحسب الثبوت و الواقع ممكنا و ليس من المستحيلات العقليه و لكن لا- دليل على تحقق الاستيلاد بوطى المشترى أو كون زنا الغير بها زنا بذات بعل فى مقام الإثبات فإنّ ظاهر أدلّتها ان يكون المرأه حال الوطى مملوكه للواطى لتصير بذلك أمّ ولد و حال الوطى زنا بذات بعل يترتب عليه أحكام الزنا بذات بعل و الأمر هنا ليس كذلك، بل انّما هى مملوكه للغير حقيقه بالفعل كما هو المفروض، فيكون الزنا بغير ذات بعل و الاستيلاد عن وطى واقع على غير مملوكه و

ان كانت تصير مملوكه بعد الإجازه حقيقه من زمان العقد على ما ذكرنا أو فى حكم المملوكه على الكشف الحكمى، و السرّ فى ذلك انّ الاستيلاد لم يحدث فى الملك فإنّ الوطى كان وقوعه و حدوثه فى ملك الغير و ان كانت الأمه ملكا للمشترى بقاء و لعل هذا مراد المصنف من التعبير بعدم حدوث الولد فى الملك فهل يتوهم أحد انّه لو زنا رجل بامرئه خليه ثم صارت ذات بعل فيكون ذلك زنا بذات بعل أو يكون الولد المتولد منها ولده أو تصير المرأه أمّ ولد لو كانت مملوكه فزنا بها احد ثم اشتراها فلا يختلط الحرام بالحلال.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۵۸

و قد نزّل الامام عليه السلام ذلك بالثمر الذى يبيعه الإنسان عن جزم ثم اشترى الحديقه فإنّ حكم كلّ منهما غير مربوط بالاخر كما لا يخفى، و مقامنا نظير ما ذكرنا فى كتاب الصلاه فى معنى الزياده فى الفريضه و قلنا انّ ظاهر الأدله الداله على ان الزياده فى الفريضه توجب البطلان هو ان تكون الزياده واقعه بعنوان الزياده حين الإتيان بها و يتصف بذلك الوصف حين وقوعها و تحققها و يكون ذلك فى ذلك الوقت وصفا عنوانيّا زائدا لها لا ما يكون متصفا بذلك الوصف بعد وقوعها فلا تشمل عليه أدله المبطليه مثلا إذا أراد المصلى ان يقول إياك فبدا له و قال أيا فسكت ثم قال إياك فانّ أيّا و ان وقعت زياده الا انّه لم يقع كذلك حين وقوعه بهذا العنوان بل بعنوان انه واجب ثم صار كذلك و هكذا فإنّ أدله الزياده فى الفريضه منصرفه عن ذلك و كك فيما نحن فيه فانّ الوطى الواقع على الأمه

قبل الإجازه انّما هو متّصف بكونه على غير ملكه و انّما صار بعد الإجازه متصفا بكونه فى ملكه أو ذات بعل فأدلّه صيروره الأمه مستفاده بملك المالك أو كون الزنا بها زنى بذات بعل لا تشمل ذلك لظهورها فى فعليّه الاتصاف و كونهما كك حال الوطى لا بعده.

و اما الجهه الثانيه فهى فى حكم تصرفات مالک المجيز فى نفس العين

فلو باع احد مال غيره فضوله و تصرف فيه المالك قبل الإجازه و العلم بذلك أو مع العلم فهل يكون تصرّفه هذا ردا فعليا أو لم يكن ردّا أو يفصّل بين الكشف الحقيقى فيحكم بعدم نفوذ تصرفاته و بين الكشف الحكمى فيحكم بنفوذ تصرفاته؟ و قد قرّب شيخنا الأستاذ نفوذ تصرّفات المالك المجيز فى العين مطلقا حتى على الكشف-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۵۹

الحقيقى بأقسامه و لو كانت الإجازه بعنوان المعرضيه حتى مع العلم بصدور الإجازه منه و مع ذلك لا يبقى مجال لإجازه العقد الفضولى مثلا لو باع العين التى بيعت فضوله أو أعتق العبد أو غير ذلك من التصرفات أو زوّجت الامرأه نفسها للغير أصاله فانّ فى جميع ذلک لا- يبقى موضوع للإجازه فإنّها انّما ترد على المحل القابل و بعد تزويج الزوجه نفسها من الغير أصاله أو نقل المالک العين عن ملكه لا- يبقى مجال لها فانّ ما هو متعلق الإجازه و موضوعها قد زالت و انعدمت فانّ هذه الإجازه ليست إلا كإجازه الأجنبى فهل يتوهم احد انّ اجازه الأجنبى العقد الفضولى الذى صدر من الغير يكون إمضاء من قبل المالك؟ فكك هنا فانّ المالك بعد نقل العين عن ملكه و ازاله علقه سلطنته صار كالأجانب فلا تكون إجازته مؤثره فى ذلك و لا يقاس ذلك بالفسخ لأنّه متعلق بالعقد و اما الإجازه

فهی متعلقه بالعین فإذا ذهبت ترتفع موضوعها بخلاف الفسخ.

ثم نسب ذلک الی المصنف بناء علی کون النسخه لو باع أمّ الولد کما اختار کونها کذلک و اما بناء علی سقوط أمّ و کون النسخه لو باع الولد فلا یمکن نسبه ذلک الی الشیخ فانّ بیع الولد لا ینافی مع إمضاء عقد الفضولی الواقع علی الام.

و فیه: انّ ما أفاده انّما یتم فی الزوجه فإنّه بعد ما زوّجت المرأه نفسها لغیر الذی زوجها الفضولی إیاه، فلا شبهه فی بطلان العقد الأول و کون العقد الثانی ردا عملیا للعقد الأول و السّر فی ذلک انه بعد تزویج المرأه نفسها من الزوج الآخر لا یبقی موضوع لإجازه العقد الأول و لا یکون هنا مجیز حتی یجیز العقد الفضولی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۶۰

لانتفاء رکن العقد و قوامه و انعدام ما ینسب الیه العقد و ینضم به بحیث یکون العقد عقده و یکون منسوبا الیه.

و بعباره أخری: قد حققنا فی الأصول فی وجه تقدم الامارات علی الأصول انّ موضوع الأصول معلّق علی عدم وجود الأمارات فإذا تحققت الامارات و صارت منجزّه لا یبقی مع ذلک موضوع للأصول و هکذا الأمر فی کل أمرین یکون الحکم فی أحدهما تنجزیا و فی الأخر تعلیقیا، فانّ موضوع التعلیقی یرتفع بوجود التنجیزی و فی المقام کذلک فانّ موضوع صحه العقد الأول الفضولی معلّق علی بقاء المجیز بحیث یکون مع قطع النظر عن الإجازه مالکا للعقد و المعامله و یقدر علی الإجازه فإذا ارتفع ذلک الموضوع بوجود المعلّق علیه الذی یتوقف علی عدمه صحه العقد الأول فلا یبقی مجال لصحته بالإجازه فحیث انّ صحه العقد الأول متوقفه علی بقاء المجیز علی حالته

الأوليه و كونه مالكا للإجازه و قد انعدم فى المقام فيحكم ببطلان العقد الأول بلا شبهه.

و بعباره ثالثه: انّ العقد الفضولى إنّما يحكم بصحته مقتضى العمومات أو الأدله الخاصه إذا انتسب ذلك العقد اى المالك- ليحكم عليه بأنّه يجب عليك الوفاء به و اما إذا انعدم، فلا تشمل الإطلاقات و العمومات ذلك العقد، فان معنى وجوب الوفاء بالعقد ليس انه يجب لكل شخص أن يفى بكل عقد حتى لو باع احد مال غيره فيجب عليه ان يفى بذلك بل هذا و نظائره خطاب لمالك العقد و لمن يكون العقد عقده فإذا انتفى المالك فلا يبقى موضوع لوجوب الوفاء بالعقد و غيره من الأدله الخاصه أو العامه بل هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۶۱

الذى ذكرنا هو من جمله المرتكزات الشرعيه حيث انّ من البديهيّات فى عالم الشريعه انّه لو زوج احد امرأه فضوله و لم تكن المرأه عالمه بذلك فتزوج نفسها بزوج آخر و عرض العقد الأول إليه بعد سنين بحيث صارت كثيره الأولاد و أجاز العقد الأول، فهل يتوهم احد انّ جميع هذه الأولاد و الاستمتاعات وقعت شبهه؟ و ليس كذلك قطعا هذا ما يرجع الى الزوجيه. و اما فى غير الزوجيه فلا يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ و ذلك لان تصرّف المالك فى المبيع من عتق الأمه أو العبد أو بيعهما للغير أو غير ذلك من التصرفات لا ينافى العقد الأول و لا يوجب انعدام موضوع ذلك العقد لبقاء المجيز على قابليّه أن يجيز العقد الأول و مالكا لذلك قبل الإجازه فإن قوام العقد الفضولى و بقائه لم يكن ببقاء العين و ان كان حين الحدوث من مقوّمات العقد.

و السّر فى ذلك

انّ الإجازه و الرّد كالامضاء و الفسخ فى باب الخيارات يتعلقان بنفس العقد دون العين الخارجيه كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و جعله وجه الفرق بين الإجازه و الفسخ.

غايه الأمر انّ الفسخ رفع و الرّد دفع و الإجازه تنجيز و الإمضاء و عدم الفسخ يثبت و الا فجميع ذلك متعلق بالعقد و هو مركز لجميع ذلك فيظهر ثمره ذلك فيما بعد و على هذا فانتقال العين من ملك المالك المجيز الى غيره لا يوجب ارتفاع موضوع الإجازه و انتفاء قابليه المجيز بل هو باق على قابليته الأوليّه اذن، فمقتضى الجمع بين جواز تصرفاته و نفوذه فى العين و بين وجوب الوفاء بالعقد بعد الإجازه و الإمضاء ممن له ذلك هو الحكم بانتقال المبيع الى البدل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۶۲

و بعباره اخرى: انّ ما ذكره الأستاذ يرجع الى إبداع المانع و انّ المانع من تأثير العقد الفضولى هو عدم تأثير اجازه المالك لسقوطها عن التأثير بمانعيّه انتقال العين من المالك الى غيره و هذا بخلاف ما ذكرنا فإنّه يرجع الى منع المقتضى فإنّه لا مقتضى لحصول الملكيه قبل الإجازه حتى يتوهم ذلك النزاع و البحث لانحصار حصول الملكيه على القول بالكشف بالمعانى التى ذكروها و قد ذكرنا عدم صحتها لعدم وفاء الأدله على ذلك و ما يكون مقتضيا للصحه اعنى أدله الصحه منعدم فى المقام.

و بعباره أخرى نحن نقول: بصحه الفضولى على طريقه الكشف من باب عدم العلاج و الفرار عن صحه أدله الفضولى فحيث انّ المتيقن منها صوره عدم التصرف فلا تبقى أدله صحه الفضولى شامله للمقام و هذا مرادنا من منع المقتضى.

و لكن الظاهر مع ذلك عدم صحه العقد الفضولى بعد تلك

التصرفات و ان لم تكن موجبه لانتفاء قابليّه المجيز عن مجيزيته و ذلك لانّ صحه ما ذكرنا متوقفه على القول بالكشف الحقيقى على غير ما ذكرنا و قد قلنا انّ جميعه بين ما يكون مستحيلا و بينما يكون خلاف ظواهر الأدله لأنّ أدله صحه العقد الفضولى لا تساعد على كون الملكيّه مثلا حاصله من الأول فتكون الإجازه المتأخره دخيله فى ذلك بعنوان التعقب أو معرّفا صرفا فإنّ أخذ الإجازه و الرضا من شرائط صحه العقد ليس الا ظاهرا فى كونه شرطا مقارنا لحصول التجاره و الملكيّه و الزّوجيه و نحوها كما لا يخفى و مع ذلك لا يمكن صرف أدله صحه الفضولى إلى مثل هذا النحو من خلاف الظاهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۶۳

هنا ما وعدناك فى بيان طرق الكشف.

و بعباره اخرى انّ أدله صحه العقد الفضولى و ان قلنا انها ظاهره فى الكشف الا انّها تدل على صحه العقد الذى يكون متعارفا و على وفق مذاق العرف و الشرع و الذى يفهم العرف من لسان الأدله الشرعيه هو ما يكون العقد مقارنا برضا المالك و مثل ذلك العقد يكون مؤثرا فى النقل و الملكيّه و الزوجيه و حيث ان العقد الفضولى حين وقوعه عادم لذلك الشرط فيكون تأثيره مراعى على حصوله فيكون مؤثرا عند الحصول بحيث يكون شرطا مقارنا و ان كان مؤثرا فى الملكيّه من زمان العقد.

و على هذا، فيكون ما هو محط البحث و مورد الثمره بين ما ذكرنا و ما ذكره شيخنا الأستاذ فى الكشف الحكمى و الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هو نتيجه الكشف الحكمى.

بيان ذلك انّه على الكشف الحقيقى بما ذكرنا و الكشف الحكمى فيكون الإمضاء

المتأخر موجبا لحصول النقل من حين العقد حقيقه على ما ذكرنا أو حكما على الكشف الحكمى و هذا بحسب القواعد فإن القاعده تقتضى بعد تحقق الإجازه و شمول أدله الصحه عليه لكونه عقد بالحمل الشائع بعد الانتساب اليه، حصول النقل من حين العقد فانّ دليل وجوب الوفاء يدل على وجوب الوفاء بذلك العقد بعد الإجازه و هو يصير عقدا للمجيز و منتسبا اليه و هذا بخلاف ما تقدم فانّ فيه نحكم بالمقدار المتيقن من جهه انّه لم يكن لادلتها إطلاق لتشمل مثل هذه الموارد أيضا و لم يكن المقتضى تماما و لكن على ما ذكرنا فالمقتضى تمام لكون ما ذكرنا موافقا للقواعد فإنّ القاعده تقتضى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۶۴

ان يكون العقد صحيحا بعد الإجازه بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كما ذكرنا و يكون منتسبا الى صاحب العقد بالإجازه كانتسابه إليه فى غير موارد الفضولى بدليل الوفاء و هذا بخلافه على ما ذكره شيخنا الأستاذ فإنه يبطل العقد حينئذ فلا تكون الإمضاء مؤثرا فى النقل بوجه كما هو واضح.

(الجهه الثالثه فى حكم التصرف)

الجهه الثالثه فى حكم تصرّف المالك سواء كان مالك الثمن أو مالك المثمن فى نماء المبيع، فنقول: لا- إشكال فى جواز تصرّفه فيه على القول بالنقل وضعيا و تكليفا لانّه تصرّف فى ملكه و لا مانع من تصرف المالك فيه و انّما ينتقل العين عنه الى غيره بالإجازه و الفرض انّه قبل الإجازه و يكون بيعه لو باعه المالك من غير و عتقه لو كان النماء عبدا لو امه نافذا و جائزا فلا يرد عنه بعد الإجازه أيضا.

و اما على القول بالكشف الحقيقى فربّما يقال انّ تصرّفه فى- النّماء ليس الّا تصرفا جائزا فلازم ذلك كونه

فى ملكه و لازم كون النّماء فى الملك كون الأصل فى ملكه، فيدل تصرّفه فى النّماء بالدلاله الالتزاميّه على رد البيع الفضولى فيحكم ببطلانه و قد احتمل المصنف ذلك بناء على كون النسخه (و لو نقل المالك الولد) على خلاف ما قربه شيخنا الأستاذ حيث قال مع احتمال كون النقل بمنزله الرد و امّا بناء على كون النسخه لو نقل المالك أمّ الولد فلا ميل إليه فى كلامه.

و فيه: انّ ردّ العقد الفضولى كإجازته و ان كان يصح بالفعل و القول كليهما الا انّ مجرّد صدور الفعل لا يدل على الرّد ما لم يكن بنفسه إنشاء الرّد فانّ تحققه يحتاج إلى الإنشاء كما ان تحقق الإجازه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۶۵

يحتاج إلى الإنشاء بحيث يكون الفعل بنفسه مصداقا للرد و هذا لا يمكن الا بالقصد اذن، فيكون الفعل بحسب نفسه أعم من الرّد لكون صدوره أعم من ان يكون بقصد الرّد أولا فالأعم لا يدل على الأخص بوجه الاحتمال ان يكون من غير قصد أو بقصد عدوانى مع علمه بأنّه يجيز كتصرف الغاصب و السارق و نحو ذلك.

و على هذا فلا يكون تصرّف من انتقل عنه المال فى نمائه قبل الإجازه ردا فلا بد له من إعطاء بدله على تقدير الإتلاف و مع البقاء و انتقاله الى الغير يكون المقام من صغريات تعاقب الأيدى، فله ان يرجع الى المالك و يرجع المالك الى ما [من انتقل اليه أو الى ما انتقل اليه ابتداء.

و اما على الكشف الحكمى و الكشف الحقيقى بمعنى الذى ذكرنا الذى فى حكم الكشف الحكمى فلا شبهه فى كون تصرف المالك فى نماء العين تصرّفا فى ملكه لان الفرض انّه

يحكم بملكيّه العين كما انتقل اليه بعد الإجازه فيكون النماء أيضا ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع و حين تصرفه لم تصدر منه الإجازه ليكون التصرف فى ملك الغير و هذا لا شبهه فيه و انّما الكلام فى انّه يحكم بعد الإجازه يكون ذلک النماء ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع حتى فى صوره كون النماء تالفا بحيث يحكم للمالک ان يخرج من عهدته أم لا بل يملک ما انتقل اليه العين ثمنا كان أو مثمنا بالإجازه مع النماءات الموجوده حال الإجازه متصله كانت أو منفصله.

و قد حكم شيخنا الأستاذ بالثانى من جهه انّ الإجازه انّما توجب انتقال ما يكون موجودا حال العقد من العين و النماء الى

ما انتقل اليه العين، و اما إذا كانت العين معدومه فقد تقدم انّه لا مجال للإجازه مع ذلک و ان كان النماء معدوما فلا شى ء يكون ملكا لما انتقل اليه و التبعيّه انّما يتحقق فى صوره وجود النّماء لا فى صوره عدمه.

و بعباره اخرى: ان العين الى زمان الإجازه ملک لمالكها لجميع شئونها فله ان يتصرّف فيها كيف يشاء و فى زمان الإجازه لو انتفت العين فلا موضوع للإجازه أصلا و ان بقيت العين و نماءاتها، فتكون بالإجازه منتقله إلى الطرف الأخر لكون النماء تابعا للعين و ان بقيت العين و تلف النماء و انعدم، فتكون العين وحدها منتقله إلى الغير لعدم وجود النماء حال انتقال الأصل إلى الغير ليحكم بضمانه، فما يكون مانعا عن تحقق الملكيّه بالإجازه فى صوره نقل العين فيكون ذلک مانعا عن ثبوت الملكيّه بالنماءات أيضا فلا تؤثر الإجازه فى ثبوت الملكيّه بالنسبه إلى النماءات المستوفاه.

و فيه:

انّ ضعفه ظاهر لان زمان الانتقال و ان كان هو زمان الإجازه و لكن تنتقل العين بالإجازه من زمان العقد فيترتب جميع أحكام الملكيّه من ذلك الزمان تنزيلا على الكشف الحكمى و تحقيقا على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى و اذن، فيكون المالك ضامنا بالنماءات لو أتلفها و مع نقلها الى الغير فيكون المقام أيضا من صغريات تعاقب الأيدى كما عرفت فى الكشف الحقيقى و هذا واضح جدا.

ثم انّ شيخنا الأستاذ قرّب كون النسخه و لو نقل المالك أمّ الولد و لكن الظاهر انّها الولد بدون لفظ الأم لأنه يصرح بعد أسطر فى ذيل الضابط للكشف الحكمى انّه يحكم بملكيّه المشترى من حين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۶۷

العقد فانّ ترتب شى ء من آثار ملكيّه المالك قبل إجازته كإتلاف النّماء و نقله و لم يناف الإجازه جمعا بينه و بين مقتضى الإجازه بالرجوع الى البدل.

الجهه الرابعه فى ما يرجع الى تصرّفات ما انتقل اليه المال فضوله،

اما على النقل فلا شبهه فى عدم جواز تصرّفه قبل الإجازه وضعا و تكليفا لكونه تصرّفا فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام عقلا و شرعا نعم لو باع ذلك، ثم أجاز المالك البيع فيدخل تحت الكبرى الكليه من باع شياه ثم ملك و سيأتى الكلام فيه.

و اما على الكشف الحقيقى على أنحائه الثلثه فلا شبهه فى جواز تصرّفه فيه تكليفا و نفوذه وضعا لو كانت الإجازه متحققه واقعا غايه الأمر مع عدم العلم بتحقق الإجازه يكون متجريا فقط فى الظاهر و الا ففى الواقع لا يحرم ذلك بوجه وضعا و تكليفا.

و اما على الكشف الحكمى و الكشف الحقيقى بما ذكرنا فلا بد من التفصيل بين الحكم التكليفى و الحكم الوضعى و الحكم بحرمه التصرفات قبل الإجازه واقعا و

ظاهرا لکونه تصرّفا فی مال الغیر حقیقه فهو حرام لانه لا یجوز التصرف فی مال امرء مسلم الا بطیب نفسه عقلا و شرعا.

و اما الأحکام الوضعیه فهی نافذه بعد الإجازه فإنه بعدها یکشف کونه واقعا فی ملکه فلو باع قبل الإجازه فیکون صحیحا نافذا و لو أعتقه فیکون صحیحا الی غیر ذلک من الأحکام الوضعیه علی طبق القاعده فإنه بعد تحقق الملکیّه بالإجازه من حین العقد، فمقتضی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۶۸

القاعده ترتب أحکام الملکیّه أیضا بأجمعها کما هو من المرتکزات العرفیه أیضا غیر ما تقدم من تحقق الاستیلاد و تحقق الزنا بذات البعل فإنه تقدم انّ الظاهر من دلیلهما انّ الاستیلاد و الزنا بذات البعل انّما یتحققان من المملوک و الزوجه الفعلیین دون ما یکون مملوکا أو زوجه بعد ذلک الوطی.

و بعباره اخری: انّه یترتب علی تصرف ما نقل الیه المال جمیع الأحکام الوضعیه إمکانا و إثباتا غیر ما یکون دلیله علی خلاف ذلک کما فی تحقق أمّ الولد و الزنا بذات البعل فانّ ترتب الأحکام الوضعیه بأجمعها بحسب القاعده کیف فإنّه بعد الحکم بحصول الملکیه من حین العقد فیترتب أحکام الملکیّه أیضا علیه.

و اما عدم ترتب الحکم التکلیفی فمن جهه انّ الشی ء لا ینقلب عمّا هو علیه فما کان حراما لا یکون حلالا فالتصرف قبل الإجازه کانت محرمه فلا ینقلب إلی الحلّیه.

[فی بیان ما ذکروا للثمره بین الکشف و النقل]

اشاره

قوله

منها النماء

فإنّه علی الکشف.

أقول: و قد تقدم انّ النماء علی الکشف الحقیقی لما انتقل الیه العین لکونه حاصلا فی ملکه و اما علی النقل فللمالک لکونه أیضا حاصلا فی ملکه و تکراره انما هو توطئه لبیان کلام شهید الثانی فی الروضه حیث قال: انّ النماء علی القول بالکشف تابع للعین فنماء الثمن للبائع و نماء المبیع للمشتری و اما علی النقل فنماء کلیهما للمالک المجیز.

و قد وجّه کلامه بعض محشی الروضه حیث قال: یمکن ان یراد من المجیز المالک کل واحد واحد من مالک الثمن و مالک

المثمن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۶۹

اى نماء الثمن للمشترى لكونه مالكا له و نماء المثمن للبائع لكونه مالكا له.

و وجهه أخر بتوجيه آخر، بدعوى اراده جنس المالك فيكون أعم من مالك الثمن و مالك المثمن و على كلا التوجيهين يرتفع الاضطراب من كلامه.

و لكن كليهما خلاف الظاهر من كلامه فانّ ظاهر المقابله كون النماء على النقل للبائع فإنه قال: و على النقل فهما للمجيز، فظاهره كون كلا النماءين لشخص واحد و وجّه بعض بتوجيه بارد و هو ان كون نماء العين للمالك فعلى طبق القاعده لكونه حاصلا فى ملكه و اما كون الثمن له فلانّ المشترى بنفسه قد أقدم على ذلك و سلّط البائع على ماله الذى مالك العين على ماله فيكون نمائه أيضا له.

و فيه: انّه قد يكون العقد من طرف المشترى أيضا فضوليّا فكيف يصح الحكم بأنّه قد أقدم على تسليط البائع على ماله؟ و قد يكون غير ملتفت على كون البائع فضوليّا و لو كان المشترى بنفسه مباشرا للعقد على انّ ما وجه به كلامه ليس بتمام كبرى و صغرى اما الوجه

فی بطلان الکبری فلان الاقدام لیس من جمله المملکات و لم یعهد من الشرع المقدّس ذلک المعنی إلا إذا کان بعنوان الهبه فإنها مملکه فی الشرع المقدّس و ان کان یجوز الرجوع إلیها أیضا.

و کیف کان لا یمکن الالتزام بهذا التوجیه اذن فلا بدّ امّا من الالتزام بکونه سهوا من قلمه الشریف لکون العصمه لصاحبها و امّا ان یکون نظره ما تقدم من التوجیهین الأولین و انما کان غرضه من إغلاق العباره تجربه الأفهام و اللّه العالم.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۷۰

قوله

و منها انّ فسخ الأصیل لإنشائه قبل اجازه الآخر.

اشاره

أقول: إذا کان أحد طرفی العقد فضولیّا و الآخر أصیلا فهل یجوز ان یفسخ الأصیل قبل إجازه الأخر مطلقا أو لا یجوز ککک أو یفصّل بین القول بالکشف فیحکم بعدم جواز فسخه و بین القول بالنقل فیحکم بجواز فسخه؟.

و قد اختار بعضهم جواز فسخ الأصیل العقد قبل إجازه الأخر.

و قد اختار شیخنا الأستاذ عدم جواز فسخه مطلقا حتی علی القول بالنقل و اختار المصنف القول بالتفصیل و حکم بجواز فسخه علی القول بالنقل و بعدمه علی القول بالکشف.

امّا علی القول بالکشف فسیأتی الکلام فیه.

و اما علی القول بالنقل

فمن جهه انّه لم یحصل النقل بمجرّد العقد و انّما یکون ذلک مؤثرا فی زمان النقل و قبل زمانه، فیکون العقد بالنسبه إلی الأصیل کنسبته الإیجاب إلی الموجب، فیکون فسخه کفسخ الموجب إیجابه فکما انّه لا محذور فی فسخ الإیجاب قبل القبول و هکذا یجوز فسخ الأصیل العقد قبل تحقق الإجازه.

و بعباره أخر انّما یجب إتمام العقد و لا یجوز حلّه من جهه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هو انّما یتوجه بعد الإجازه و قبلها لیس هناک شی ء بوجه و لا یشمله دلیل وجوب الوفاء فیکون الأصیل مختارا فی فسخه و عدمه.

و اما علی القول بعدم الجواز مطلقا فقد اختار شیخنا الأستاذ عدم جواز الفسخ کما عرفت و حاصل کلامه انّ مقتضی قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وجوب الوفاء بالعقد الذی عباره عن المعاقده وجوبا تکلیفیا و لا شبهه فی تحقق العقد و عدمه بالنسبه إلی الأصیل

و انّما الموقوف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۷۱

على الإجازه ليس الا حصول النقل الحقيقى و اما نفس العقد و المعاقده فقد تحقق قطعا اذن فلا مانع من شمول أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عليه فيكون ذلك كبيع الصرف

و السلم حيث ان حصول الملكيّه فيهما متوقف على القبض و قبله لم تحصل و مع ذلك لا يجوز لكل من البائع أو المشترى فسخ العقد فإنّه بعد التحقق لا يجوز إلا إذا قام الدليل على جواز الفسخ كالهبه و لا يقاس المقام بالإيجاب المجرد قبل مجى ء القبول، فإنّه لم يتم المعاقده بدون القبول حتى يشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هذا بخلاف المقام كما عرفت.

و بعباره اخرى: انّ دليل الوفاء بالعقد تاره يكون ناظرا الى اسم المصدر اى ما يحصل من العقد أعنى الملكيّه أو الزوجيه أو نحوها.

و اخرى يتوجه الى المعنى المصدرى أعنى نفس العقد و المعاقده فعلى الأول فشموله موقوف على حصول النقل و حيث لم يحصل النقل قبل الإجازه، فلا يشمله دليل الوفاء بالعقد قبل الإجازه الا انّه مما لا يمكن المساعده عليه لكونه خلاف الظاهر من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و على الثانى كما هو الظاهر فيكون دليل الوفاء بالعقد شاملا لهذا العقد تحققه عند المعاقده.

نعم الملكيّه موقوفه على الإجازه و ذلك غير مربوط بالمقام.

و بالجمله مقتضى دليل الوفاء بالعقد لزوم إتمامه و إنهائه بعد تحقق العقد و المعاقده و هذا واضح جدا فافهم.

و فيه: امّا على الكشف فسيأتى الكلام فيه عن قريب، و امّا على النقل فكلامه هذا مبنىّ على كون الأمر بالوفاء على العقد تكليفيا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۷۲

فإنّه حينئذ يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ و لكنّه غير ممكن إذ كون الأمر بالوفاء تكليفيّا أو حرمه نقضه ككك يقتضى ان يكون متعلقه امرا مقدورا بحيث يكون مختارا فى فسخه و إمضائه فإن التكليف لا يتعلّق بغير المقدور و لا ان المراد من الفسخ لفظ فسخت ليقال انّه أمر ممكن و

معنی كونه مختارا فی ذلك ليس الا كون العقد جائزا فيكون ذلك خلف الفرض مع انّ مقتضی كون العقد جائزا و كون الوجوب تكليفيّا انّه ينفسخ بالفسخ غايه الأمر انّه فعل حراما مع انّه لا ينفسخ قطعا بل عدمه بل الأمر هنا إرشاد إلی الحكم الوضعی نظير (إرشاد) النهی فی قوله (ع) نهی النبی عن بيع الغرر إرشادا إلی الفساد و معنی الوفاء به عباره عن إتمامه و إنهائه كما يقال الدرهم الوافی للدرهم التمام فيكون معنی الوفاء بالعقد انّه لا ينفسخ هذا العقد بالفسخ و علی هذا لا يتوجه دليل الوفاء بالعقد الا بعد إمكان تحقق الحكم الوضعی بذلك الدليل و هو انما يكون بعد اجازه المالك لانّه المفروض اذن، فما ذكره العلامه الأنصاری من جواز فسخ الأصيل العقد قبل اجازه المالك هو الوجيه.

و بعباره أخری: وجوب الوفاء بالعقد من ناحيه الأصيل علی القول بالنقل قبل الإجازه متوقف علی أخذ العقد بمعنی المصدری أی مجرّد المعاقده فإذا لم يكن ذلك لما ذكرنا من كونه متوقفا علی أخذ الوجوب تكليفيّا و هو غير جائز فلا بدّ من صرفه الی الوفاء بالمعنی الاسم المصدری و هو لا يحصل إلا بالإجازه، فيكون شمول دليل الوفاء علی ذلك من زمان الإجازه دون العقد و اما نقضه بالصرف و السلم فهو أيضا ليس من المسلّمات بل وجوب الوفاء بهما أيضا بقوله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۷۳

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بعدها، لم يمكن شموله علی العقد الا بعد حصول الاسم المصدری فلا يلزم الوفاء به اذن يجوز لكل من البائع و المشتری فسخ الصرف و السلم قبل القبض كما هو واضح.

و بعباره اخری: انّ الأمر بالوفاء إرشاد الی عدم

انفساخ العقد بالفسخ و انّ الالتزام بذلك باق على حاله و لا يرتفع إلا- بالإقاله و معنى الوفاء به إنهائه إلى الآخر و إتمامه و حيث انّ الالتزام و المعاقده على أساس القول بالنقل لم يتم لتوقف حصوله على تحقق التزام المالك فانّ متعلقه انّما هو الملكيه و حصول الملكيه موقوف على تحقق الالتزامين من المالكين فلا يشمل عليه دليل الوفاء بالعقد فيكون نظير الإيجاب قبل تماميّه القبول نعم فى مثل النذر لا بأس من الالتزام بالوجوب التكليفى لا من جهه تعدد معنى الوفاء بل لخصوصيه المورد فانّ متعلق الوفاء فى باب النذر نفس الالتزام و هذا بخلافه فى باب العقود فانّ متعلقه الملتزم به و هو لا يحصل الا بالعقد الذى قوامه بالمعاقده و ارتباط احد الالتزامين بالآخر من الالتزام لا بالتزام شخص واحد كما هو واضح اذن لا غرو من الالتزام بالوجوب التكليفى فى النذر و نحوه و بالوجوب الإرشادى فى باب العقود.

و بالجمله انّ الوفاء بالعقد منحل الى الافراد العديده حسب تعدد افراد العقود فى جميعها معناه إتمام العقد و إنهائه و لكن حيث ان متعلقه فى النذر هو الالتزام بالعمل فليس معناه الا وجوب إتمامه تكليفا لا وضعا و لذلك نقول هنا بالوجوب التكليفى.

و ثانيا على فرض كون الوجوب وجوبا تكليفيا فلا شبهه فى انّه انّما يتمّ بعد تحقق العقد و هو على أساس القول بالنقل لا يتمّ الا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۷۴

بعد الإجازه فموضوع وجوب الوفاء بالعقد انّما يحصل بالإجازه و قبله ليس عقد ليكون موضوعا للوجوب و ليس ذلك قبل الهبه لتحصل بطرف واحد اذن مع فرض القول بان الوجوب تكليفى فلا يتوجه الا بعد الإجازه

لتحقق موضوعه فی ذلک الوقت.

و بعباره أخری: مع الغمض عن بطلان أخذ الوجوب إرشادیا و الجواب علی وفقه انّ موضوع الوجوب التکلیفی لم یتمّ بعد، فهل یتحقق الحکم بدون الموضوع؟

فتحصل انّه علی القول بالنقل یجوز للأصیل أن یفسخ العقد قبل الإجازه،

و اما علی القول بالکشف،

اشاره

فهنا جهات للکلام:

الاولی فی جواز فسخ الأصیل منهما و عدمه أی تأثیره و عدم تأثیر علی الکشف.

و الذی ینبغی ان یقال: انّه لا یؤثر الفسخ فی انحلال العقد فإنّ أساس القول بالکشف هو ان العقد بحسب نفسه تمام السبب و الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد کما عرفت عن الشهید و المحقق الثانیین و بعد تحققه لا معنی لفسخ الأصیل ذلک فإنّ أدله وجوب الوفاء بالعقد و کونه لازما لا ینفسخ بأجمعها، شامله للمقام فانّ عمدتها علی ما تقدم فی المعاطاه قوله تعالی لٰا تَأْكُلُوا أَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ، فلا شبهه انّ الفسخ بعد تحقق الالتزام لیس تجاره عن تراض بل یکون أکل المال بالباطل و اما مع العلم بعدم الإجازه، فأیضا لا یحتاج الی الفسخ بتحققه بدونه فهو اما لا یؤثر و اما لا نحتاج الیه.

و بالجمله علی ملاک الکشف من تحقق تمام الموضوع للوفاء

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۷۵

بالعقد لا یؤثر فیه الفسخ بوجه و یدل علیه أدله اللزوم.

الجهه الثانیه: فی انّه علی القول بعدم تأثیر الفسخ فیه وضعا فهل یجوز للأصیل التصرفات فی ماله قبل اجازه طرف الآخر أم لا؟

فهذه الجهه فیها جهتان. الاولی فی جوازها و عدمها ظاهرا، و الثانیه فی جوازها و عدمها واقعا، فقد ادعی العلامه الأنصاری عدم جوازه ظاهرا و واقعا علی تقدیر عدم الإجازه بدعوی انّ المال بواسطه المعاقده خرجت عن موضوع جواز تصرّف المالک فی ملکه و دخل تحت أدله حرمه التصرف فیه فلا یجوز له التصرف فی ذلک فان کان یجیز الآخر فیکون حراما ظاهرا و واقعا و الا فیکون حراما فی الظاهر فقط، و لا یجری هنا أصاله عدم الإجازه لأنه انّما یجری فی فرض عدم المنع عن جریانه و الفرض انّ دلیل وجوب الوفاء قد جری و أوجب ثبوت العقد و عدم جواز تصرف الأصیل فی ماله و معه کیف تجری أصاله عدم الإجازه.

و فيه:

انّ موضوع وجوب الوفاء انما هو الالتزام بالملكيّه لا- حصول نفس الملكيّه و موضوع عدم جواز التصرف فی المال تكليفا نفس الملكيّه و ما لم تحصل لا تشملها حرمه التصرف فی مال الغير اذن فلا معنى لقياس عدم جواز فسخ الأصيل العقد بحرمه تصرفه فی العين فانّ موضوع كل منها غير موضوع الآخر و العجب منه قده حيث بالغ و حكم بعدم الجواز حتى مع العلم بعدم اجازه الآخر و ردّه بل لا بدّ و ان يرد العقد ثم يجوز للأصيل التصرف فی ماله نعم لو تحقق الإمضاء، فينكشف منه انّ التصرف كان حراما فی الواقع و هذا من عجائب الكلام، فإنه مع عدم الإجازه فبأىّ دليل نحكم بحرمه تصرّفه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۷۶

فی ماله مع كون الناس مسلطون عليه، و بعباره اخرى ان قلنا انّه خرج من ملكه فنسئله من سببه و ان قلنا انه لم يخرج و مع ذلك لا يجوز له ان يتصرف فيه فهذا ليس إلا مناقضه فی مفهوم الناس مسلطون على أموالهم فافهم.

و بالجمله انّ الثمره ثمره صحيحه فإنه على النقل يجوز للأصيل أن يتصرف فی ماله و على القول بالكشف لا يجوز فسخه و يجوز تصرّفه ظاهرا ثم ان تحققت الإجازه بعد ذلك، فيكشف انّه كان حراما واقعا و على تقدير عدم الإجازه ينكشف انّه لم يكن حراما فی الظاهر و الواقع معا و اما على تقدير العلم بتحقق الإجازه فلا يجوز، و العجب من المصنف حيث حكم بعدم الجواز حتى فی صوره العلم بعدم الإجازه مع انّه على هذا لم يكن منع منه بوجه لتصرّفه فی ماله قطعا و عدم احتمال تصرّفه فی مال الغير.

و

الحاصل انّ الكلام فى جواز تصرّف الأصيل فى ماله قبل اجازه الآخر و قلنا انّه لا شبهه فى جوازه مع الجهل بتحقق الإجازه مطلقا حتى على القول بالكشف الحقيقى و لو بمعنى أخذ الإجازه معرّفه لحصول النقل من زمن العقد فإنّه مع ذلك أيضا يشك فى انه ممّا يتمّ به النقل أو يكون معرّفا لذلك يتحقق أولا يتحقق فيتمسك بأصاله عدم تحقق الإجازه فيحكم بجواز التصرّفات مطلقا فانّ مقتضى جريان ذلك الأصل جواز التصرف فيه تعبدا من دون ان يلزم التصرف فى مال الغير كما انّه فى صوره العلم بعدم الإجازه يجوز التصرف وجدانا للعلم، و ما عن المصنف من منع جواز التصرف حتى فى صوره العلم بعدم الإجازه، فعجيب منه مع انّه ليس هنا مانع بوجه حتى احتمال كونه تصرّفا فى مال الغير فلا ندرى ما المانع من كونه أى الأصيل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۷۷

مسلطا على ماله؟ فانّ قوله بعت مع العلم بعدم الإجازه ليس الا كاللاغى و الساهى.

نعم على الكشف الحقيقى المعروف لو تصرف فيه معتمدا على أصاله عدم الإجازه أى القطع التعبدى أو على العلم بعدم الإجازه و القطع الوجدانى فأجاز الطرف الآخر فيكون تصرّف الأصيل فى المبيع فضوليّا، فيتوقف على اجازه الطرف الذى كان العقد فضوليّا من قبله فيبطل من قبل الأصيل و لا يكون العقد عقده و انّما يكون راجعا الى المجيز فان شاء أجاز و ان شاء لم يجز.

ثم ذكرنا أيضا انّه لا وجه فى عدم جواز تصرّفه أى الأصيل بآيه وجوب الوفاء بالعقد- كما تمسّک به شيخنا الأستاذ- على تقدير كونه وجوبا تكليفيا، فإنه يرد عليه أوّلا انّ الأمر بوجوب الوفاء بالعقد إرشاد إلى تمام

الالتزام و إنهائه كما هو معنى الوفاء بالشى ء لغه فليس ذلك وجوبا تكليفيّا كما هو الظاهر.

و ثانيا ان معنى الوفاء بالعقد ليس الاـ ترتيب آثار الملكيه و الزوجيه و غيرهما عليه و ليس معناه مجرد وجوب الالتزام بالعقد وجوبا تكليفيا، فهو لا يحصل قبل الإجازه فإن معنى ترتيب الآثار هو حرمه التصرف فى ذلك المال للأصيل فلا شبهه انّ أدله حرمه التصرف انما تعلقت بالملك دون الالتزام بالملكيّه كما هو واضح.

و ثالثا مع الإغماض عن جميع ذلك و الالتزام بالحرمه التكليفيه، فإنّما يجب الوفاء بالعقد بعد تحققه لا قبله.

و بعباره اخرى: انّ الاحكام التكليفيه انّما تكون فعليه بفعليه موضوعها فما لم تصر موضوعها فعليه فلا معنى لفعليه الحكم اذن فموضوع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۷۸

وجوب الوفاء انّما هو العقد ففعليه ذلك الحكم يحتاج إلى تماميه العقد فحيث انّ العقد عباره عن ارتباط التزام بالتزام و انضمامهما معا و المعاقده بينهما فهو لم يحصل بعد قبل اجازه المالك حتى على القول بالكشف بجميع اقسامه و ليس ذلك مثل الهبه يتحقق التمليك بالتزام طرف واحد فانّ حقيقتها عباره عن التمليك المجانى و ذلك يحصل بتمليك طرف واحد و التزامه بخلاف البيع فانّ الالتزام بالتمليك فيه مربوط بالتزام الطرف الآخر بذلك بحيث يرتبط احد- الالتزامين بالالتزام الآخر و ينضم أحدها بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء كما لا يخفى فإنّ الأصيل لا يعلم ظاهرا ان الآخر يجيز أو لا يجيز و ان حصل عقد واقعا اذن فلا معنى لوجوب الوفاء به قبل تحقق الإجازه بل يجوز التصرف لكل من البائع و المشترى فى بيع الصرف و المشترى فى الثمن فى بيع السلم قبل القبض فيهما فإنّه

ما لم يحصل القبض لم يحصل الملكيّه و وجوب الوفاء بالعقد انّما هو باعتبار الملتزم به أعنى الملكيّه نعم فى صوره العلم بانّ المالك يجيز العقد لا يجوز للأصيل التصرف فى ماله بخروجه عن ملكه على القول بالكشف و لكن لازم ذلك هو جواز تصرفه فى الثمن مثلاـ فان خروج ماله عن ملكه مع دخول مقابله فى ملكه متلازمان فانّ قوام البيع عباره عن المبادله بين المالين فى طرف الإضافه و حقيقه الإضافه ليس الا خروج احد العوضين عن ملكه و دخول العوض الآخر مكانه و كذلك لا يجوز للأصيل مع جواز التصرف فى ماله ان يتصرف فى مقابله لعين تلك الملازمه و ما فى المتن من ان العمل بمقتضى العقد كما توجب حرمه تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه كذلك توجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه و الوجه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۷۹

فى ذلك هو ثبوت الملازمه بينهما وجودا و عدما نعم فى مثل النذر و نحوه حيث ان موضوع وجوب الوفاء نفس الالتزام فيجب الوفاء به لتمام موضوعه بنفس الالتزام بخلاف البيع مثلا فانّ الوفاء لا بد و ان يكون بالملتزم به اعنى الملكيه دون الالتزام.

ثم انّه لاـ يفرّق فيما ذكرنا بين أقسام العقود الفضوليه نكاحا كان أو غيره فإنّه فى باب النكاح أيضا يجوز للأصيل ترتيب آثار عدم الزوجيه قبل إجازه المرأه التى كان العقد من قبلها فضوليه من تزويج أمها أو أختها أو تزويج الخامسه لو كانت عنده زوجات ثلثه غير الزوجه- الفضوليّه الى غير ذلك من آثار عدم الزوجيّه معتمدا بأصاله عدم الإجازه فإنها محكمه ما لم يكن دليل على خلافها.

نعم تقدم انّه زوج الصغير فضوله فمات فيعزل نصيب

الزوجه فبعد البلوغ عرض إليها العقد فإن أجاز مع الحلف على عدم طمعها بالمال فيعطى بها الإرث و الا فلا.

فيعلم من ذلك عدم الاعتناء بأصاله عدم الإجازه فى باب النكاح بالملازمه.

و فيه انّ مقتضى جريان أصاله عدم اجازه من كان عقد الزوجيه من قبله فضوليه الزوجيّه هو عدم ترتيب آثار الزوجيه قبل الإجازه فيترتب عليه عدم التوارث فإنّه مع جريان أصل السببى لا يبقى موضوع للمسبّب و بعباره اخرى انّ قضيّه الإرث هنا و إن كان راجعا الى المال و الى ورثه الوارث و ليس مربوطا بالمعامله الفضوليه و لكن حيث كان ملزوم ذلك اعنى العقد فضوليّا فيجرى فيه أصاله عدم الإجازه الذى هو أصل سببى بالنسبه إلى التوارث و عدمه فيترتب عليه نفى المسببات

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۸۰

من التوارث و غيره و بذلك الملازمه فيكون التوارث هنا الذى راجع الى المال دون العقد الفضولى مربوطا بالمعامله الفضوليه.

و لكن حيث و رد النص الخاص فى عزل نصيب الزوجه هنا- فبالملازمه القطعيّه يبقى جريان أصاله عدم الإجازه و ترتيب الآثار عليها فانّ نفى اللازم يستلزم نفى الملزوم الا انّ ورود النص فى مورد خاص مبتيا على الاحتياط فى الأموال كما تقدم لا يوجب التعدى الى غير مورده و الحكم بعدم جريان أصاله عدم الإجازه فى باب النكاح مطلقا فضلا عن غير باب النكاح كما لا يخفى.

و قلنا سابقا انّه ورد نظير ذلك فى المرأه الحبلى حال و فات زوجها فإنّه يعزل نصيب ذكرين مع انّ أصاله عدم التولد أو عدم كون الولد أكثر من واحد أو عدم كونه ذكورا بناء على جريان الأصل فى الاعدام الأزليه كما هو الحق جاريه فإنّ المتيقن فى

الصوره الأخيره هو كون الأقل نصيبا للولد الذى لم يولد بعد فالزياده التى تخرج على احتمال كونه ذكرا ينفى بالأصل و بالجمله تتحصل انّه يجوز- للأصيل أن يتصرف فى ماله قبل اجازه الآخر العقد مطلقا على القول بالكشف لجميع اقسامه و على القول بالنقل و على القول بالكشف الحكمى فإنّ أصاله عدم الإجازه محكمه و ما ذهب اليه المصنف من أصاله عدم الإجازه و التمسك بأوفوا بالعقود فى إثبات لزوم العقد و تبعه بعض الأخر و كك ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من الحكم بلزوم العقد من الأصيل لا وجه له.

[فى عدم جواز إعدام المنذور]

اشاره

قوله كالنذر المعلق على شرط.

أقول: تفصيل الكلام هنا انّه سواء كان النذر متعلقا بالفعل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۸۱

أو بالنتيجه و سواء كان متعلقه امرا اختياريا أو غير اختيارى على انما

تاره يقع الكلام فى الحكم التكليفى

و اخرى فى الحكم الوضعى اما.

الأول: فتاره يكون متعلق النذر مطلقا من غير ان يعلقه بشى ء بأن كان قصده حين النذر لتنجّز التكليف بالوفاء عليه لانّه على وجه الإطلاق كما إذا نذر ان يعطى درهما للفقير مطلقا و على هذا فلا إشكال فى عدم جواز إعدام المنذور و اخرى يكون معلقا و عليه تاره يكون ذلك مثل الواجب المعلق بان يكون النذر فعليّا و متعلقه امرا استقباليّا كما يكون الوجوب فعليّا و الواجب استقباليّا فى الواجب المعلق و هذا مثل الأول لفعليه الوجوب.

و اخرى يكون مثل الواجب المشروط بان يكون قصد الناذر تحقق النذر حين تحقق متعلقه و هو على قسمين لأنّه تاره يعلم الناذر حصول متعلق نذره فيما بعد و اخرى لا يعلم فعلى الأول- أيضا لا يجوز التصرف فى المنذور بحيث يوجب إعدامه لما حققناه فى محلّه انّ تماميّه ملاك التكليف فى محلّه و العلم بتنجزه فى ظرفه موجب لحفظ القدره لإتيانه و حفظ مقدماته و تهيئه وسائل إتيانه لو علم أو احتمل عجزه عنها فى ظرف الإتيان و يحرم إعدام المقدمات المفوته لذلك الملاك و لو فى ظرفه و من هنا نقول بحفظ الماء لحفظ نفسه فى ظرف عدم التمكن منه فى ذلك الظرف أو لحفظه للوضوء لذلك بحيث يعلم انّه لو لم يحفظه يموت بعد ساعه عطشا أو لا يجد الماء للوضوء و تسمّى مثل هذه المقدمات بالمقدمات المفوّته.

و بالجمله و ان كان النذر معلقا مثل الواجب

المشروط الا ان العلم بانعقاده و حصول متعلقه يوجب حفظ المنذور لقبح تفويت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۸۲

ملاک التکلیف فی نظر العقلاء و الشارع و لو کان التکلیف استقبالیا کما انّ الأمر ککک فی الواجب المشروط أیضا.

و ان لم یعلم الناذر حصول متعلق نذره فان کان من قصده تعلّق النذر بالإبقاء کتعلقه بأصله بحیث یکون هنا نذران بحسب الانحلال فلا شبهه أیضا فی وجوب حفظ المنذور کما إذا نذر بصدقه شاه علی تقدیر برء مرض ابنه و مع ذلک تعلق نذره بإبقاء ذلک الشاه أیضا.

و ان لم یکن نذره متعلقا علی صدقه الشاه مطلقه و لا علی صدقتها علی نحو الواجب المعلق و لا علی نحو الواجب المشروط- بحیث یعلم بحصول متعلقه و لا- ان یکون متعلقا بإبقائه أیضا فلا- یجب الإبقاء بل یجوز إعدام موضوع النذر بحیث لا یبقی موضوعه أصلا فضلا عن ان یجب الوفاء به بعد تحقق متعلّقه.

ثم انّه لا یفرق فی جمیع ذلک التصور بین ان یتعلق النذر بالفعل أو بالنتیجه و سواء کان اختیاریا أو کان غیر اختیاری.

و اما الحکم الوضعی أعنی صحه التصرفات فی المنذور.

فنقول:

اما فیما یجوز التصرف و إعدام موضوع النذر کما فی الصوره الأخیره فلا شبهه فی صحه التصرف و نفوذه فلو باع فیحکم بصحته و اما فیما یحرم التصرف فی المنذور کأکل الشاه المنذوره مثلا فأیضا یصح التصرف فی المنذور وضعا و ینفذ ذلک لأنّه لا ملازمه بین حرمه التصرف تکلیفا و بین صحته وضعا.

و ما یمکن ان یکون وجها فی عدم صحه ذلک أمران.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۸۳

الأول انّه یشترط فی المبیع ان یکون طلقا فلا یصح بیع غیر الطلق و ما تعلق به النذر لیس بطلق لتعلق

حق الغير به.

و فيه: انّه ممنوع كبرى و صغرى، اما الصغرى فواضح لانه لا يكون المال بمجرّد تعلق النذر به مما يتعلق به حق الغير و من هنا لو اجتمع المنذور إليهم و أسقطوا حقوقهم عن ذلك المال فلا يؤثر ذلك فى المنذور شيئا و لا يصيره عن الحاله الأوليّه التى لم يتعلق به الا الحكم التكليفى و لا يرتفع به الحكم الشرعى التكليفى أعنى عدم جواز التصرف فيه مع انّ الحق امتيازه عن الحكم ليس إلا بالإسقاط كما مرّ فى أول البيع و الا فكلّ حكم يصح إطلاق الحق عليه فيعلم من ذلك انّه لم يتعلق بالمنذور الا الحكم التكليفى أعنى حرمه التصرف فيه و اما الحكم الوضعى فلا- فلم يتم الصغرى و اما الوجه فى منع الكبرى فلانّه لا- دليل على اشتراط كون المبيع طلقا بهذا العنوان بل هو أمر منتزع من الموارد الخاصه ففى كل مورد لا ينفذ فيه التصرف فلا يجوز بيعه و لا يصح و فى كل مورد يصح فيحكم بصحه البيع و الا فلم يدل دليل خاص يكون المبيع طلقا.

الأمر الثانى ما اعتمد به شيخنا الأستاذ من انّ المنع الشرعى كالمنع العقلى فحيث انّ التصرف فى المنذور محرم شرعا فيكون ممنوعا من التصرف فيه كما كان غير مقدور تكوينا فحيث انّ المنذور لا يجوز التصرف فيه تكليفا فيكون ممنوعا من ذلك وضعا أيضا و بهذا استند فى انّ النواهى تدل على الفساد فى المعاملات و بنى على ذلك دلاله النهى على الفساد فى باب المعاملات.

و فيه: ان كانّ المراد من انّ المنع الشرعى كالمنع العقلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۸۴

المشهور بين الناس من حيث التكليف فهو مسلّم

و ان كان المراد من ذلك من حيث الوضع فهو أول الكلام إذ لم يدل دليل على ان ما تعلق به النهى و حكم بحرمه التصرف فيه فهو مما لا ينفذ التصرف فيه فيحكم ببطلانه كما هو واضح.

اذن فلا وجه لما زعمه شيخنا الأستاذ من الحكم بعدم نفوذ التصرف فى المنذور مستندا على هذا الوجه الغير الوجيه فإنّه لا ملازمه بين حرمه التصرف تكليفا و بين حرمته وضعا و ما اعتمد عليه فى دلاله النهى على الفساد فى باب المعاملات قبلا وجه.

قوله

ثم انّ بعض المتأخرين ذكر ثمرات آخر.

اشاره

أقول: ذكر شيخ الكبير ثمرات آخر على القول بالكشف أو النقل فنذكرها تبعا لشيخنا الأنصارى.

الأول: انّه لو مات أحد طرفى العقد من البائع أو المشترى

سواء كان العقد من قبل كليهما فضوليّا أو من قبل أحدهما فنفرض الكلام فيما لو كان فضوليّا من جانب و احد فمات الأصيل قبل الإجازه الآخر فحاصل ما قاله (ره) انّه لو مات الأصيل قبل الإجازه فيبطل العقد بناء على النقل فإنّه حين تحقق الملكيه غير موجود و الفرض انّ العقد لم ينعقد قبل الإجازه فيبطل.

و بعباره اخرى: انّ المالك الأصيل حين ما كان موجودا لم ينعقد العقد الموجب للملكيّه و حين انعقاد العقد و تماميه الملكيّه لم يكن موجودا فكيف يحكم بصحه مثل ذلك العقد و هذا بخلافه على القول بالكشف فإنّه يحكم بصحته فإنّ الملكيّه قد تحققت على الفرض فلم يبقى فى البين إلا إجازه المجيز فهى قد حصلت فيحكم بصحته.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۸۵

و قد أورد عليه صاحب الجواهر بدعوى ظهور الأدله فى اعتبار استمرار القابليّه إلى حين الإجازه على الكشف مع قطع النظر عن الإجازه فيكشف الإجازه عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا الى حين الإجازه و مراده انّ صحه العقد الفضولى متوقفه على بقاء مالكى العقد و من يستند العقد اليه و يكون العقد عقده باقيا على قابليه ذلك المعنى و بالموت يخرجان عن ذلك القابليّه و لا يمكن استناد العقد اليه و هذا واضح جدّا.

و أشكل عليه شيخنا الأنصارى بالنقض و الحلّ اما النقض بالعقود المتعدده الواقعه على مال واحد بنحو تعاقب الأيدى فضولا حيث انّ تلك العقود قد وقعت فضوله و قبل تحقق الإجازه انتقل الملك الى الآخر و لم يبق المالك مستمرا على مالكيته و على تلك القابليّه الأوليه

إلى زمان الإجازه فيكشف من ذلك انّ بقاء المالك على قابليه المالكيه إلى زمان الإجازه غير لازمه.

و فيه: انّ هذا عجيب من المصنف حيث انّه فرّق بين ما نحن فيه و بينما ذكره المصنف نقضا لأنّ فى فرض تعاقب الأيدى المالكيه مستمره مع قطع النظر عن الإجازه و انما الإجازه أوجبت انقطاع مالك الثمن عن الثمن و مالك المثمن عن المثمن كما انّ الرد يوجب انهدام العقد و بقاء كل منهما فى ملك صاحبه و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنه مع قطع النظر عن الإجازه و الرد ينقطع الملك بالموت كما أفاده الأستاذ اذن فلا ينبغى لمثل الشيخ ان يورد له بمثل ذلك و ثانيا بالحل و حاصله انّ بعض الاخبار المتقدمه من أدله صحه المعامله الفضوليه ظاهره فى صحتها حتى مع موت أحدهما الأصيل أو من

كان العقد من قبله فضوليّا كالأخبار الداله على الاتجار بمال اليتيم و اخبار المضاربه حيث انها أعم من ان يكون المالك حيّا أو ميّتا مع جريان العاده بموته فى مدّه مديده يتجر العامل بالمال و لم يستفصل الامام (ع) فى ذلك فيكون إطلاق تلك الاخبار شاهدا على المطلب.

و بعضها صريحه فى ذلك كالروايه التى تضمّن ان شخصا اوصى بالعبد المأذون فى التجاره ان يشترى عبدا فيعتقه و يحج عنه ثم ترافع كلّ من مولى المأذون و العبد المعتق و الورثه فى كونه من مالهم فإنّها صريحه فى المطلوب حيث انّ المالك قد مات الى زمان اجازه مالك العبد المأذون ذلك العقد فيكون صريحه فى المورد.

و فيه: قد تقدم ان شيئا من تلك الاخبار لا تدلّ على صحه البيع الفضولى بل هى

خارجه عن المقصد بل الشيخ أيضا لم يستدل بها على ذلک و انّما ذکرها تأييدا لمرامه فلا يمکن الاستناد إليهما فى هذا المقام أيضا.

و الذى ينبغى ان يقال انّه لو کان النظر إلى الأدله الخاصه للمعامله الفضوليه کروايه عروه البارقى و صحيحه محمد بن قيس فلا شبهه لظهورها فى کون المالک المجيز أو الطرف الأخر حيّا فلا أقل من أخذ المتيقن منها فإنّه ليس لها إطلاق يؤخذ به انما سرى فلا يکون الأدله الخاصه للفضوليه دليلا للمقام اذن فالحق مع صاحب الجواهر فان مقتضى الاختصار بالقدر المتيقن منها هو الکفايه منها بحال حياه الطرفين من المالکين الفضوليين أو أحدهما فضوليا و الأخر أصيلا.

و ان کان النظر إلى الأدله العامه أعنى العمومات و الإطلاقات

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۸۷

الداله على صحه المعامله کقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ و غيرهما فلا شبهه فى صحه المعامله مع موت الأصيل أو المجيز مطلقا على القول بالکشف و على القول بالنقل و ذلک اما على القول بالکشف فواضح لانّ العقد قد تمّ من جميع الجهات الا من ناحيه اجازه من کان العقد من قبله فضوليّا فإذا حصلت الإجازه فلا معنى للحکم بالبطلان لصحه العقد من جميع الجهات و عدم نقصانه من جهه.

و السر فى ذلک انّه قد تقدم مرارا انّ قوام المعامله بالمبادله بين المالين و لا خصوصيه للمالک بوجه بحيث يکون هذا الشخص أو ذلک الشخص فحيث انّ المبادله و الملکيه قد حصلت بالعقد فلم يبق فى البين إلا الإجازه من المجيز فيها يتمّ جميع جهات المعامله غايه الأمر أنّه إلى زمان موت الأصيل کان المالک للثمن أو المثمن هو و بعد موته يکون

المالک وارثه و یقومون مقامه لکن فضوله و تبدیل المالک لا- یضرّ بصحه المعامله بوجه و ککک انقلابه الفضولیه لا یضر بالمطلب و لزوم کون البائع حال البیع مالکا بالمبیع غیر لازم و ان تقدم الالتزام به من التستری الا انّه بلا مدرک لإمکانه فی المالک المتجدد بالإرث و نحوه و اما علی النقل فالعقد قد وقع من المتعاقدین و یبقی الی زمان الإجازه معلّقا فی الهواء حتی یجیزه المجیز فإذا أجاز یستند الیه العقد و موت الأصیل أو غیره من أحد طرفی العقد لا یضرّ بالعقد- الواقع فإنّ الشی ء لا ینقلب عما هو علیه اذن فتشمله العمومات و المطلقات و بعباره اخری: انّ العقد بعد وقوعه فضولا مستجمعا لشرائط الصحه غیر جهه الإجازه لیستند الی المجیز و تشمله العمومات فلا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۸۸

یخرج عن الجهه التی وقع علیها کما هو بدیهی الوضوح.

نعم لو کان المیت هو الأصیل لصار العقد من قبل ورّاثه أیضا فضولیّا فنتوقف صحته علی إجازتهم أیضا کتوقفها علی اجازه المجیز الآخر.

و بالجمله لا نعرف وجها صحیحا لدفع العمومات أو المطلقات عن شمولها لهذه المعامله.

غایه الأمر انّه علی الکشف ینتقل المال بموت الأصیل إلی الورثه من حین الموت فیکون العقد فضولیا من قبله أیضا و علی القول بالنقل فالعقد یکون مراعی فیکون طرف العقد هو الوارث فضوله و بإجازته ینتقل المال عنه و ینسب العقد الیه فلا یکون هذه الثمره ثمره البحث فإنّه علی القول بالنقل و الکشف مقتضی العمومات و الإطلاقات صحه العقد و ان لم تکن الأدله الخاصه للفضولی جاریه هنا لعدم إطلاقها أو عمومها.

الثمره الثانیه ان یعرض الکفر علی أحدهما أو کلاهما

سواء کان کلاهما فضولیا أو أحدهما فضولیا و الأخر أصیل حیث

ذكر الشيخ الكبير ظهور الثمره هنا بين القول بالكشف أو النقل.

و تحقيق ذلك ان الكلام هنا تاره يقع فيما يكون المبيع عينا شخصيّا و اخرى يكون كليّا فى الذمه فعلى الأول فالكلام فيه بعينه هو الكلام فى الفرع الأول فإنّه على القول بالكشف ينتقل الثمن أو المثمن الى الوارث بمجرّد ارتداد أحدهما ينتقل العين الشخصيه إلى الوارث فيكون ذلك الوارث طرفا للعقد فضوله فيتوقف صحه العقد على إجازته أيضا و على القول بالنقل فينتقل المال أيضا الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۸۹

الوارث مع كون العقد مراعى الى زمان الإجازه فإن أجاز يقع و الا فلا على النحو الذى تقدم. و على الثانى فلا بدّ و ان يفرض الكلام فى كون المبيع مسلما أو مصحفا فإنّه على فرض كونه غير المسلم و المصحف لا يظهر ثمره بين القولين إذ المرتد الفطرى يملك على الأقوى و ان كان ينتقل أمواله الموجوده بالارتداد إلى الورثه و تبين عنه الزوجه و لا يسقط عنه القتل و لكن كل ذلك لا يوجب عدم قابليته للتملك بالنسبه إلى الأموال التى حصلها بعد الارتداد بالحيازه أو بالكسب بعمله أو بالمعامله على الذمه أو ببذل شخص آخر و غير ذلك فإنّه لا دليل لنا يدل على سقوط المرتد الفطرى عن قابليه التملك بالكليه بواسطه ارتداده و انّما- الدليل دل على ثبوت الأمور المذكوره.

و توهم انّ تملكه غير معقول فإنّه أمواله الموجوده تنتقل إلى الورثه و بالنسبه إلى الأموال التى تحصل بعد ذلك ينعدم الموضوع بالقتل.

و لكنه فاسد فإنّه نفرض الكلام فيما لم يكن مقتولا اما لفراره عن الحاكم أو لعدم بسط يد الحاكم عليه أو غير ذلك كما هو واضح.

إذا عرفت

ذلك فنقول إذا كان المبيع فى البيع الفضولى مسلما أو مصحفا ثم ارتد أحدهما أى الأصيل أو الفضولى فتظهر الثمره حينئذ بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فإنّه على الأول فيحكم بكون الكافر مالكا لهما فانّ الفرض انّ الملكيه قد حصلت من زمان العقد فحين الارتداد كان مالكا لهما.

و اما على الثانى فلا لانه كان مراعى الى زمان الإجازه و-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۹۰

بالإجازه كانت الملكيه حاصله و الفرض انّ المشترى الأصيل مثلا ارتد و سقط عن قابليّه تملك المسلم أو القرآن فيحكم ببطلان المعامله كما هو واضح.

و توضيح الكلام بعباره اخرى ان يقال انّه لا فرق بين موت احد المالكين أو كلاهما و بين ارتداده الا من بعض الجهات فانّ الارتداد الفطرى أيضا موت شرعى و بيان ذلك انّه لو كان المبيع أو الثمن مالا شخصيا فكما انّه بموت الأصيل ينتقل إلى الورثه فتكون الورثه طرفا للمعامله و هكذا فى فرض الارتداد و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف أو الرد كما تقدم غايه الأمر يكون العقد بالنسبه إلى الورثه أيضا فضوليه و اما لو كان دينا فى الذمه فعلى القول بالكشف فأيضا يحكم بالصحه بالإجازه و يلزم الورثه بإعطاء الثمن أو المثمن إذ التوريث بعد إخراج الوصيه و الديون و من بعد وصيه يوصى بها أو دين و على هذا أيضا لا يفرق بين الموت و الارتداد الفطرى و اما على القول بالنقل فلا يمكن الحكم بالصحه أيضا مطلقا فانّ العقد كان مراعى الى زمان الإجازه و زمان الإجازه هو زمان النقل و الانتقال و الفرض ان المرتد و الميت فى ذلك الزمان غير قابلين للتملك للارتداد و الموت

فی المیت مطلقا و فی المرتد إذا کان المبیع مسلما أو مصحفا بناء علی شمول نفی السبیل فی الآیه بتملک الکافر المسلم أو مطلقا إذا قلنا بعدم مالکیّه المرتد و کونه قابلا لذلک و هنا أیضا لا یفرق بین الموت و الارتداد فانّ عدم قابلیه التملک مشترک بینهما و اما إذا قلنا بالکشف و کان الثمن العمل لجواز جعله ثمنا فی البیع کما تقدم فیظهر الثمره حینئذ بین المرتد و الموت حیث انّه فی صوره الموت قد حکمنا بانتقال

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۹۱

الثمن إلی الورثه فی العین الشخصی و بلزوم أدائهم فی الدین و اما فی صوره کونه عملا- یبطل العقد فی صوره الموت لعدم إمکان دفعه منه الا علی احتمال انتقاله إلی القیمه و اما هنا فلا یبطل فانّ المرتد غیر قابل للتملک لا انّه غیر قابل بإعطاء ما ملکه للآخر من العمل مع إمکانه کما لا یخفی.

الثمره الثالثه ما انسلخت قابلیه المنقول بتلف و نحوه

کما إذا کان المبیع خلا ثم صار خمرا.

و هذا یتصور علی نحوین الأول ان یکون ذلک قبل القبض بان باع الفضولی دار زید فضوله و قبل إقباضها الدار قد خرجت و انهدمت و خرجت عن استمرار القابلیه للتملک فیحکم حینئذ ببطلان العقد علی القول بالکشف و النقل فانّ تلف احد العوضین قبل القبض یوجب بطلان العقد و هذا معنی انّ التلف قبل القبض من مال مالکه کما سیأتی أی ینفسخ العقد بذلک لا انّ المالک یجبر بدفع الغرامه کما لا یخفی اذن فلا معنی للتکلم فی الثمره فإنّه مع البطلان لا تصل التوبه الی ذلک بل الأمر کک حتی علی تقدیر کون طرفی العقد- اصیلین فانّ البطلان مستند إلی جهه تلف احد العوضین

قبل القبض و البطلان من هذه الجهه غير مربوط بجهه أخرى.

الثانى ان يكون التلف بعد القبض كما إذا كان المبيع قبل البيع تحت يد المشترى بالإيجار و نحوه و تلف بعد البيع أو كان أمواله تحت يـد الوكيـل فى غير جهه البيع فباعهـا شـخص آخر من الوكيـل فضوله ثم تلف المبيع قبـل الإجازه فإنّه حينئـذ لا شـبهه فى ظهور الثمره بين القولين فإنّه على القول بالكشف يكون التلف من الذى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۹۲

انتقل اليه المال فبالإجازه يكشف تلفه منه.

و امـا على القول بالنقـل فيحكم بالبطلاـن فـإنه زمان العقـد لم يحصل النقل على الفرض و فى زمان الإجازه قـد انعـدم المال فلا يكون المعدوم قابلا للانتقال الى المنقول إليه بالإجازه كما لا يصح ذلک ابتداء.

و من هنا ظهر انّ ما أشكل به شيخنا الأستاذ و غيره من رد هذه الثمره على إطلاقه غير تمام إذ عرفت الفرق بين كون التلف قبل القبض أو بعده و لعل نظر هؤلاء الأعاظم إلى صوره كون التلف قبل القبض و لكنّه غير مختص بالمعامله الفضوليّه كما عرفت.

قوله أو عروض نجاسه له مع ميعانه.

أقول: نحتمـل انّ هـذا صـدر من سـهو القلم فـإنّه بناء على مانعيّه النجاسه و تسـريه مانعيتها الى المتنجس أيضا فهى انما تمنع عن التمليک و البيع و لا يوجب سـقوط المتنجس الغير القابل للتطهر كالدهن و نحوه عن الملكيّه فإن كلامنا فى سقوط المنقول عن قابليّه الملكيّه عن قابليه التمليک و البيع و من هنا لا يوجب التنجس سـقوط المتنجس عن الملكيّه و لـذا يضـمنه المتلف نعم يقع ذلک لو كان خلا و صار خمرا نعم لو كان مراده من ذلک تعميم سقوط القابليه

إلى الشروط بالمثال بان كان مراده أنّه تاره يكون المنقول عنه أو المنقول اليه ساقطا عن قابليه التملك كما تقدم و اخرى يكون المنقول عنه خارجا عن تلك القابليه كما إذا تلف أو كان خلا و صار خمرا.

و ثالثه تسقط عن قابليه استيفاء المنقول بالشروط فإنّه بناء على مانعيه النجاسه عن التمليك و البيع فيكون المبيع بعروض النجاسه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۹۳

الغير القابله للتطهر خارجا عن تلك القابليه اى قابليه التمليك و التملك بالبيع و الشرى و على هذا فلا يرد عليه شى ء.

ثم انّ هنا كلاما لصاحب الجواهر كما عرفت حيث انّه اعتبر بقاء القابليه لكل من المنقول عنه و المنقول اليه و المنقول و حكم ببطلان العقد بخروج واحد منها عن القابليه و بعدم استمرارها الى زمان الإجازه لكونها على خلاف مقتضى أدله صحه الفضولى فإنّ المتيقن منها صوره بقاء قابليّه تلك الأمور و استمرارها الى زمان الإجازه كما هو واضح و قد أجبنا عن ذلك بأنه ان كان نظره فى أخذ المتيقن إلى الأدله الخاصه لصحه الفضولى فهو كما (كما هو كك) افاده فإنّه ليس لها إطلاق يؤخذ به و يحكم بمقتضاه انما سرى و ان كان نظره الى العمومات و الإطلاقات الداله على صحه الفضولى فهو ممنوع إذ لا وجه لمنع تلك الإطلاقات بوجه و قد أجاب عنه شيخنا الأنصارى بوجوه الأول بالنقض بالعقود المتتابعه و فيه ما تقدم من انّ الناقل فيها الإجازه و تفصيله فى تقرير بحث شيخنا الأستاذ.

الثانى بالروايات الظاهره فى ذلك و قد قلنا ان المراد منها روايات التجاره بمال المضاربه و مال اليتيم حيث لم يستفصل فيها بين موت المالك و حياته مع العاده

جرت بموت المالک فی مده طویله غاب عنه العامل.

و فیه: انّ تلک الروایات و ان کانت ظاهره فی ذلک و ظهورها فیما افاده مما لا ینکر الا انها لم تتم دلالتها علی المقصد و لیس فیها ما یستفاد منها صحه بیع الفضولی.

الثالث أشکل علیه بصراحه بعض الروایات الأخری فی ذلک و

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۹۴

انّه لا فرق فی صحه البیع الفضولی بین موت أحد طرفی المعامله من المالکین و عدمه.

و فیه: لم نجد فی الروایات المتقدمه ما یکون صریحا فی ذلک إلا روایه علی بن أشیم المتضمنه لشراء العبد المأذون فی التجاره و عتقه و إرساله الحج مع موت المالک قبل اجازه مالک العبد فعل عبده الا انها غیر مربوط بالمقام حیث انّ المشتری انّما کان هو- الوکیل من قبل المالک و لم یکن فضولیّا حتی یکون دلیلا علی المقام و من هنا منعنا دلالتها علی صحه المعامله الفضولیه.

الرابع بما یدل علی صحه نکاح الصغیرین مع موت الآخر حیث یرث الحیّ من المیّت مع الحلف کما تقدم و حیث انّ الزوجین فی النکاح بمنزله المالین فی البیع فی الرکنیه فإذا صح العقد فیما یکون من أهم الأمور أعنی النکاح فإنّه من الاعراض و الفروج و اهمیتها عند الشارع معلوم فیکون غیر الأهم صحیحا بطریق اولی فیکون الاستدلال بالفحوی و فیه علی تقدیر صحه الاستدلال بها فیما تقدم علی صحه المعامله الفضولیه بالفحوی و الأولویه بدعوی انّه إذا قلنا بصحه- الفضولیه فیما فیه وطی مع کونه من أهم الأمور و فیما لیس من الفروج نحکم بالصحه بالأولویه و أغمضنا النظر عمّا قلناه من منع الاستدلال بذلک.

الا انّه لا یمکن التمسک بها فی المقام

حیث انّ الروایه تعرضت فی صوره موت احد الزوجین بقضیه الإرث و لیس فیه وطی حتی یتوهم صحه غیر النکاح بفحوی ذلک بل هو أیضا من قبیل الأموال اذن فلا یمکن التعدی منها الی غیر موردها بالفحوی کما هو واضح بل لیس

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۹۵

التعدی إلا قیاسا و نحن لا نقول بذلک مضافا الی منع دلالتها بصحه المعامله الفضولیه فی غیر مورد النکاح بالفحوی کما تقدم.

الخامس انّه قد استدل علی عدم اشتراط القابلیّه فی المنقول بروایه عروه البارقی حیث انّ رسول اللّه (ص) لم یستفصل بین موت الشاه و بقائها عند الإجازه بل أجاز البیع بقوله بارک اللّه فی صفقه یمینک.

و فیه: انّ عدم الاستفصال لأجل الاطمئنان ببقاء الشاه و عدم موتها.

و ثانیا وجود الاستصحاب هنا الحاکم علی بقاء الشاه و اما ذبحها فمع العلم بها لا یضر أیضا فإنّ الذبح لا یخرج الشاه عن المالیه و عن استمرار تلک القابلیه غایه الأمر کانت المالیه قبل الذبح قائمه بالشاه و بالذبح کانت قائمه باللحم کما هو واضح.

و کلامنا فیما یکون المنقول خارجا عن تلک القابلیه المالیّه.

ثمّ انّه یقع الکلام فی عکس تلک الفروض المتقدمه بأن کان العاقد أو العوضین أو المالکین غیر قابلین فی حال العقد للعاقدیه و المالکیه و العوضیه فصار قابلا بعد العقد و قبل الإجازه و قد حکم الشیخ ره بالبطلان فی جمیع الصور مطلقا و لکن الظاهر ان نفصل فی الشروط و توضیح ذلک انّ الشرط تاره یکون شرطا للعاقد کما إذا اعتبرنا کونه بالغا و حکمنا ببطلان عقد الصّبی و عممنا قوله (ع) عمد الصبی خطأ الی ذلک أیضا فیکون عقد الصبی باطلا و لا ینعقد

من الأول فإنّه يشترط فى تحققه و صدوره حين الصدور ان يصدر من البالغ و على هذا فلو صدر العقد من الصبى ثم صار بالغا لا يمكن الحكم بصحه مثل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۹۶

هذا العقد فإنه كان حين صدوره باطلا لفقدانه للشرائط ثم صار واجدا لها فوجدانها بعد تحققه باطلا لا ينقلب (يقلّب) الباطل الى الصحيح فإنّ الشى ء لا ينقلب عما هو عليه.

و اخرى يكون الشرط شرطا لنفس العقد و ذاته كعدم كون العقد غرريا حيث انّه شرط لنفس العقد و ذاته مشروط بان لا يكون فيه غرر من الأول و الا فيبطل من الأول و لا يتحقق صحيحا و على هذا لو تحقق العقد حين وقوعه غرريا ثم ارتفع الغرر قبل الإجازه فلا يمكن الحكم بذلك أيضا بصحه العقد المتحقق حين وقوعه غرريا لما تقدّم من انّ وجدان الشرائط بعد تحققه باطلا للفقدان لا يقلب الباطل إلى الصحه و الشى ء لا ينقلب عمّا هو عليه و لا يفرق فى ذلك أيضا بين النقل و الكشف.

و ثالثه يكون الشرط راجعا الى المال و هذا على قسمين فإنّه تاره يكون انعدامه موجبا لانعدام الماليه و اخرى لا يكون اما الأول كاشتراط عدم كون المبيع خمرا أو اشتراط وجود الثمره و بدو صلاحها فى بيع الاثمار فإنّه يلزم من انتفائهما انتفاء الماليّه مثلا لو باع خمرا من شخص فضوله و انقلب الخمر الى الخل بين زمانى العقد و الإجازه فانتفاء ذلك الشرط حين العقد يوجب بطلانه على النقل و الكشف فانّ فى الزمان الذى وقع عليه العقد لم يكن مالا و قابلا للبيع اما لاعتبار الماليه و اما للنص و فى الزمان الذى كان

مالا و واجدا لان يكون مبيعا لم يقع عليه العقد.

و بعباره اخرى: انّ العقد وقع عليه فى الزمان الذى ألغى الشارع ماليته و قابليّه كونه مبيعا و بطلان العقد عليه حين صدوره بمقتضى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۹۷

ثمن الخمر سحت و ما يكون حين صدور البيع و وقوع العقد عليه غير قابل لذلك بل أوجب بطلان العقد الواقع عليه ثم صار قابلا لذلك لا يوجب صحه العقد فإنّه حين زمان صدور العقد أوجب بطلانه و فى زمان لا يوجب بطلان العقد لم يقع عليه عقد.

و هكذا الكلام فى بيع الثمره قبل الظهور و الانعقاد فإنه أيضا لو باعه احد من شخص فضوله حين كونه زهره ثم صار ثمره لا يكون ذلك البيع صحيحا امّا لاعتبار الماليه أو للنص فإنّه حينما وقع عليه- العقد لم يكن مالا و قابلا لان يقع عليه العقد بل كان يوجب بطلانه و حين كونه قابلا و غير موجب لبطلان العقد عليه لم يقع عليه عقد كما هو واضح و هكذا الكلام فى جميع الموارد التى يكون الشرط من هذا القبيل و لا يفرق فى ذلك كلّه بين القول بالنقل و الكشف بل الأمر كك لو وقع العقد عليه من الاصيلين و الفضولى لا يزيد على الأصيل.

و اما الثانى فهو ما يرجع الشرط الى المال مع الحفاظ الماليّه فى صورتى الفقدان و الوجدان و كونه الشرط راجعا إلى جهه الأوصاف الكماليّه دون ما يقوم بها الماليّه و هذا كالمثال المتقدم من المائع المتنجس فإذا وقع على المائع الطاهر عقد فضولا و بين العقد و الإجازه عرضت له النجاسه فإنّه بناء على مانعيه النجاسه عن البيع بمقتضى روايه تحف العقول

أو شـی ء من وجوه النجس أو اشتراط الطهاره فی المبیع لا یکون هـذا المائع الذی وقع علیه العقد واجدا لشـرائط البیع و إذا طهر قبل الإجازه فالظاهر هو صحته علی القول بالنقل إذ حین وقوع العقد علی هذا المال کان مالا و غیر ذلک المال مما وقع علیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۱۹۸

الإجازه غایه الأمر کان حین العقد فاقدا للشـرط و حین الإجازه واجد له و لکن المالیّه مالیه وحدانیه محفوظه فی ذلک المال من البـدو الی زمان الإجازه و لم یرده الشارع و لا العرف ما وقع علیه العقد مغایرا لما وقع علیه الإجازه و هذا بخلاف مثل الخمر فان مـا وقع علیه العقـد مغایر لما یرد علیه الإمضاء فی نظر الشارع بل فی نظر العرف فی بعض الموارد و ما وقع علیه العقـد لیس بمال فی نظر الشارع و ما یرد علیه الاذن مال فی نظره فکیف یتحدان و یحکم بالصـحه و هکذا العین الموقوفه لأشخاص خاصه فإنه لا یجوز بیعهـا إلاـ فی الموارد- المخصوصه فـإذا باعها شـخص فضوله ثم عرض لها ما یجوز بیعها کالخلف بین أربابها فإنّه لا مانع من الحکم بصـحه مثل هذا البیع لعدم ما یوجب بطلانه و انّ ما وقع علیه العقد غیر ما وقع علیه الإمضاء غایه الأمر کان حین وقوع العقد علیه فاقدا لشرط من شرائط البیع و حین الإمضاء واجد لذلک و هکذا الکلام فی بیع أمّ الولد ثم مات ولده.

و الوجه فی صـحه العقـد فی أمثال ذلک انّ العقد قد تحقق و اسـتند الی من له العقد بالإجازه فیشـمله دلیل صـحه البیع عموما و إطلاقا.

لا یقال انّه حین وقوع العقد علی أمثال

ذلك كان البيع فاقدا لـذلك الشـرط فيكون باطلا و ما يكون موجودا عنـد الإجازه لا يوجب انقلاب الفاسـد الى الصـحيح كما تقدم فى الشروط الراجعه إلى العاقد و نفس العقد و ما يكون به الماليّه كما لا يخفى.

فـإنّه يقـال كلامنـا على طريقه النقـل أخ لا يصـدق البيع على ذلك العقـد الا حين الإجازه فإنّه زمان النقل و الانتقال و فى ذلك الوقت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۱۹۹

فالعقد واجد لجميع الشرائط.

و أوضح من جميع ذلك ما يكون الشـرط راجعا الى المالكين كما إذا باع العبد المسـلم أو المصحف من الكافر فضوله ثم أسلم الكافر بل صار بعد ذلك من الزّهاد قبل ان يتحقق الإجازه فإنّه لا وجه حينئذ للحكم ببطلان العقد.

و السـر فيه ما كرّرناه مرارا من انّ حقيقه البيع هو التبديل بين المالين و خصوصيه المالك ملغاه فى ذلك بل اللازم وجود طبيعى المالك و هو أيضا لا من جهه الموضوعيه بل يكون مقـدمه للتبـديل بين المالين و قنطره لذلك فانّ التبديل فى جهه الإضافه أى الإضافه الملكيّه لا يكون إلا فى ملك مالك بل الأمر كك حتى على القول بالكشف فإنّه سيأتى من المصنف انّ معنى الكشف ليس كشف حصول الملكيّه و نحوها من زمان العقد بالإجازه المتأخره بل معناه هو الكشف عن تحقق النقل قبل زمان الإجازه و لو كـان بعـد تحقق العقـد و على ذلـك فلاـ مـانع من الاـلتزام بالصـحه فى تلك الموارد على القول بالكشف أيضا فإنّ بالإجازه نكشـف عن تحقـق الملكيه فى بيـع الوقف و المـائع المتنجس و بيع العبـد المسـلم من الكـافر من زمـان تحقق النزاع بين أربـاب الوقف و عروض الطهاره للمائع و إسلام المشترى الكافر

فتشمل العمومات و الإطلاقات على ذلک و ان لم تشمل عليها الأدله الخاصه لعدم إطلاقها فى صورتى تجدد الشروط بعد العقد و وجودها بعد العقد.

و بالجمله لا مانع من التمسک بالعمومات فى تلک الموارد اذن فحکم المصنف بالفساد مطلقا فى صوره تجدد الشرط بعد العقد و قبل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۰۰

الإجازه بلا وجه نعم الأدله الخاصه للفضولى لا تجرى فى المقام فإنّه ليس فيها تعرض لصوره تجدد الشروط بعد العقد و قبل الإجازه و لا انّ فى مورد احد هذه الأدله ذلک المعنى موجود اذن فلا إطلاق لها نتمسک به هذا.

و قوله و ربما يقال بظهور الثمره فى تعلق الخيارات.

أقول: اما ظهور الثمره بين القول بالکشف أو النقل فى خيار الحيوان فالظاهر انّه لا اشکال فيه فإنّه على القول بالکشف فيکون الخيار للمشترى من الأول و على النقل من حين الإجازه فإنّه يصدق من حين العقد على الکشف انّ المشترى صاحب الحيوان فيشمله قوله (ع) (صاحب الحيوان المشترى أو المشترى بالخيار الى ثلثه أيام).

و اما خيار العيب فالظاهر أيضا انّه على الکشف يثبت من الأول و على النقل من حين الإجازه فإنّ دليل ثبوته سواء کان هو الشرط فى ضمن العقد أو غير ذلک شامل عليه من الأول على الکشف تماميه المعامله على الفرض و ان وقف على الإجازه بخلافه على النقل فانّ الفرض انّه لم يحصل النقل و الانتقال حتى يشترط فى ضمنه الخيار و يکون للمشترى أو للبائع خيار الحيوان و نتيجه ثبوت الخيار له من الأول انّه لو فسخ بالخيار لا بالرد يکون النماءات قبل الفسخ له لان الفسخ رفع الأمر الثابت و قطعه بخلاف الرّد فإنّه دفع و

مانع عن تحققه من الأول و اما خيار المجلس فاحتمل شيخنا الأستاد عدم ثبوته على النقل و الكشف و لا نعرف له وجها صحيحا و الذى ينبغى ان يقال انّه انّما يثبت على النقل و الكشف مطلقا اما على الكشف فمن حين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۰۱

العقد لصدق البيع على طرفى العقد سواء كان كلاهما فضوليا أو أحدهما أصيلا و الآخر فضوليّا لفرض تماميّه المعامله من جميع الجهات الا من ناحيه الرضا فهو يحصل بعد ذلك على الفرض فعدمه عند العقد لا يمنع عن صدق عنوان البيع و اما على النقل فمن حين الإجازه فإنّ الفضوليين ليسا الا مجرّد العقد فلا يصدق عليها البيع ليتوهم ثبوت الخيار لهما و اما المالكين فالفرض انّ الملكيه إنما تحصل لهما بعد الإجازه و قبلها لم يحصل النقل و الانتقال فلا بدّ و ان يثبت من حين الإجازه لأن زمانها زمان ا انتساب العقد إليهما و صدق البيع عليهما كما هو واضح فيكون المناط افتراقهما عن مجلس الإجازه و لو كان بعيدا غايته فينجز ان العقد بالتلفون مثلا فانّ لفظ المجلس لم يرد فى روايه ليؤخذ بمفهومه و اما حق الشفعه فهو ثابت لأحد الشريكين من جهه دفع الضرر ما إذا باع أحد حصه أحد الشريكين للأجنبى فضوله ثم باع الشريك الأخر حصته من شخص آخر أصاله فعلى القول بالكشف فحيث ان المشترى الأول ملك العين قبل المشترى الثانى فيثبت حق الشفعه له و يأخذ الحصه الأخر من المشترى الثانى بالشفعه و اما القول بالنقل فحق الشفعه للمشترى الثانى إذ الإجازه بعد البيع الثانى و الفرض انّ زمان تحقق البيع و المعامله و استنادهما الى المالك و

عنـد حصول النقـل و الانتقال هو زمان ثبوت حق الشـفعه فهو مسـبوق بحق الشـفعه للمشترى الثانى و ربّما يقال بظهور الثمره فى صوره تعاقب الأيدى و سيأتى تعرض المصنف بذلك تفصيلا و نتعرض به نحن أيضا.

و اما ظهور الثمره فى تعلّق النذور و الأخماس و الزكوات عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۰۲

فالظاهر ان يفصّل بينها لأنها ان كانت متعلقه بالملك من حيث هو ملك مع قطع النظر عن الجهات الخارجيه كالنـذر و الحلف و الخمس و نحو ذلـك فلا إشـكال فى ثبوتها من الأول و تعلقها عليه على القول بالكشف دون النقل و ان كان ممّا يتعلق بالملك مع لحـاظ جهه أخرى كـالزكوات حيث انّهـا تعلقت بالملك مع لحاظ جواز التصـرف فى المال و الا فلا يتعلق عليه اذن لا تجب الزكاه على القول بالكشف لا على البائع و لا على المشترى اما البائع فلأنّه قد خرج المال عن ملكه قبل تعلّق الزكاه عليه فما ليس ملكه لاـ يجب فيه الزكـاه و امـا المشترى فلاـنّه و ان كـان المـال ملكـا له و لكنه لاـ يجوز له التصـرف قبل الإجازه و شـرط تعلق الزكوات جواز التصرف فى المال.

و اما على القول بالنقل يتعلق الزكاه على المالك ليس الا كما هو واضح.

قوله (ره)

و ينبغى التنبيه على أمور.

اشاره

أقول:

الأول انّ النزاع فى باب الفضولى فى أنّ الإجازه كاشفه أو ناقله ليس من جهه أخذ ذلك فى مفهوم الإجازه لغه أو عرفا أو انصرافا

بل من جهه الحكم الشـرعى حيث انّ القائل بالكشف انّما يدعى اسـتناد العقد الى المالك المجيز من حين العقد بواسطه الإجازه فإنّ ما يسنده الى نفسه ذلك العقد فيقتضى ذلك ان يقال بالكشف.

و القائـل بالنقـل يقول انّ العقـد مسـتند الى المالـك حين الإجـازه فلاـ بـدّ من القول بانتقال الملك إليه أيضا فى ذلك الوقت و هذان مختلفان فى مقام الثبوت.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۰۳

و اما فى مقام الإثبات فلا بدّ من إثبات أنّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هل هو متكفّل بوجوب الوفاء على العقد من الأول و ان كان الاستناد فى

زمان الإجازه أو بوجوب الوفاء من زمان الإجازه فقط و قد تقدم تفصيل ذلك فالمقصود هنا التنبيه على انّ ذلك المعنى من ناحيه الشرع.

ثمّ انّ المالك المجيز لو أجاز العقد على خلاف ما بنى عليه المفتى و مجتهده بأن بنى المقلّد على الكشف فأمضى المالك من زمان النقل أو من الوسط أو كان المفتى بانيا على النقل فهو أجاز العقد من زمان العقد و على طريقه الكشف فهل يصح العقد حينئذ أو يفسد و على تقدير صحته فهل يقع من زمان الإجازه على النقل و من حين العقد على الكشف أو يقع من زمان تعلّق أجازته به و الظاهر هو التفصيل بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فعلى الأول فيحكم بالبطلان و على الثانى فلا و بيان ذلك اما وجه البطلان على الأول فالذى استندنا إليه فى إثبات الكشف هو ان مقتضى العمومات استناد ذلك العقد الذى أوقعه الفضولى إلى المالك المجيز بالإجازه و- صيرورته عقدا له من حين صدوره و تحققه و لا قصور فى إثبات ذلك فى العمومات كما تقدم

فإنّه قلنا انّ الإهمال فى الواقع غير معقول فلا بـدّ من الإطلاق أو التقييـد و لا شـبهه انّ المنشأ بالعقد الفضولى هو الإطلاق اذن فلا وجه للالتزام بكونه ممضى من زمان الإجازه بل لا بدّ و ان يمضى على النحو الذى إنشائه المتعاقدان.

و بالجمله حيث انّ الظاهر من كون المنشأ بالعقد الفضولى مطلقا لعدم التقييد و عدم الإهمال فى الواقعيّات فبالإجازه يستند

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۰۴

ذلك العقد الى نفس المالك المجيز بمقتضى العمومات و الإطلاقات فيكون عقدا له.

و على هـذا المنهـج فلو اجازه المجيز من الوسط أو من زمان الإجازه فلا يمكن تصـحيح مثل ذلك العقـد لأنّ المنشأ عباره عن- الملكيّه المطلقه و لم تقع عليه الإجازه و ما وقعت عليه الإجازه لم تنشأ فيكون باطلا.

و بعباره اخرى: انّ المنشأ بالعقد الفضولى واجد لجميع للشرائط التى تعتبر فيه الا الرضا فلا بدّ من القول بصحته من انضمام ذلك الرضا بذلك العقد المنشأ على النحو الذى قد أنشأت و الا فيحكم ببطلانه.

و أسـاس ذلـك هـو مـا تقـدم مـن لزوم المطـابقه بيـن الإيجـاب و القبـول فـإنّ الإجـازه و ان لم تكن قبولا- حقيقه لتمـاميّه العقد بالفضوليه إيجابا و قبولا و الا لكان باطلا للفصل الطويل بين الإيجاب و القبول.

الا- انّ ملاك لزوم المطابقه بين الإيجاب و القبول موجود هنا فإنّه كما لو تخلّف الإيجاب عن القبول لكان العقـد باطلا بان تعلق الإيجـاب مثلا- بـالزوجيه الـدائميه و قبـل الزوج الزوجيه المنقطعه أو تعلـق الإيجـاب بـبيع الـدار و القبول بملكيّه البسـتان أو تعلق الإيجـاب ببيع الـدار و القبول باستئجارهـا فـانّ فى جميع ذلـك يحكم ببطلاـن العقـد لتخلّف الإيجـاب عن القبول و انّ مـا أنشأه المنشئ غير

ما قبله القابل فبمقتضى القاعده يكون العقد باطلا و كك الحال فى قضيه الإجازه، فإنّ روح العقد و قوام صحته بذلك و العقد انّما هو توجد بالإيجاب و القبول على النحو الذى قد أنشأ بهما فلا بد فى صحه ذلك من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۰۵

سريان ذلك الروح الى تمام المنشأ بحيث افضى ذلك العقد المنشأ بذلك الرضا فلو تعلق بغير المنشأ فلا يمكن الحكم بصحه شى ء منهما اما المنشأ بالفضولى فلفقدان الرضا لعدم تعلقه به على الفرض و اما ما تعلّق به الرضا فلفقدان الإنشاء لعدم كونه منشأ على الفرض و بالجمله ملاك لزوم التطابق بين الإيجاب و القبول بعينه موجود هنا فلا بدّ من صحه العقد الفضولى على القول بالكشف من مطابقه الإجازه مع المنشأ كما هو واضح لا يخفى و اما على القول بالنقل فالظاهر هو الصحه مع مخالفه الإجازه عن ما بنى عليه المفتى بأن أجاز من حين العقد أو من الوسط نظير القول بالكشف و ذلك نظير بيع شى ء قبل سنه بحيث يكون نمائه من تلك السنه للمشترى فإنّ مثل ذلك لا يضر بالمطابقه فإنّ التخلف بين الإيجاب و القبول و لو بمقدار لا يكون فصلا طويلا مما لا بدّ منه مع انّ الإيجاب هو إنشاء المنشأ من حين الإيجاب و القبول بعد دقيقه أو دقيقتين فلم يحصل المطابقه بينهما و لكن مثل ذلك لا يضر بالمطلب قطعا للسيره القطعيه على عدم إضراره بالعقد.

نعم فيكون أجازته هذا مع قصد شرعيه هذا العقد تشريعا محرما و لغوا و مع عدم قصد شرعيته لغوا فقط كما يكون البيع قبل سنه أيضا لغوا لكونه على خلاف الارتكازات العرفيه و على خلاف

المتعارف فلا تشمله الأدله فلا يكون حراما فكيف كان فلا يضر بصحه العقد و شمول أدله الصحه على ذلك.

قوله

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۴، ص: ۲۰۵

الثاني: انّه يشترط في الإجازه ان يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۰۶

أقول: المحتملات هنا أربعه.

الأول: اعتبار اللفظ الصريح فى الإجازه فلا يكتفى بالكنايه فضلا عن غير اللفظ.

الثاني: الاكتفاء بكل لفظ دل على الرضا و لو بالكنايه.

الثالث: عدم الحاجه الى اللفظ أيضا و كفايه الإنشاء الفعلى نظير بيع المعاطاتى.

الرابع: إلغاء الإنشاء قولا و فعلا و الاكتفاء بمجرّد الرضاء الباطني فى طرف الإجازه و بالكراهه الباطنيّه فى طرف الرّد و ربّما يقال باعتبار اللفظ الصريح فى الإمضاء لأنّ الاستقراء و التفحّص يدلنا على اعتبار اللفظ فى الإيجاب و القبول فمقتضى ذلك عدم كفايه غير اللفظ الصريح فى الإجازه أيضا.

و فيه على تقدير قبول تماميّه الاستقراء فإنّما هو فى الإيجاب و القبول فقط فلا يسرى بالإجازه حيث انّ العقد قد تمّ و كون الإجازه مثل القبول فى التطابق لا- يقتضى كونها مثله من جميع الجهات و قد استدل بعضهم على اعتبار اللفظ الصريح بأنّ الإمضاء مثل البيع فى استقرار الملك و قد نسبه المصنف إلى المصادره و هو كك.

بل ظاهر روايه العروه البارقى كفايه الكنايه فى الإجازه و لو كان اللفظ الصريح لازما فى البيع فانّ قوله (ص) بارك اللّه فى صفقه يمينك من لوازم إمضاء العقد لا انه بنفسه مصداق للإجازه اذن فيكفى فى الإمضاء مثل أحسنت و نحوه.

اذن فلا- دليل على اعتبار اللفظ الصريح فى الإجازه و الرد بل لا دليل على اعتبار اللفظ أصلا و يكفى فيه مطلق ما يوجب إنشاء الإجازه

مصباح

و يكون مبرزا للرضا الباطنى بحيث يحكم باستناد العقد اليه عرفا بدليل الوفاء بالعقد و لو كان فعلا كتمكين الزوجه نفسها من الزوج و إعطاء المالك العين المبيعه للمشترى و هكذا و هكذا بل هذا هو المتعين فإنّه لا شبهه فى صدق الإنشاء و الإبراز، و الإظهار بكل ما يوجب ذلك من الفعل أو القول و لو كان بتحريك الرّأس و إذا صدق عليه إنشاء الرضا الباطنى عرفا و صدق عندهم استناد العقد الى المجيز فبمجرد ذلك تشمله العمومات و الإطلاقات فيحكم بصحته و لزومه و مع هذا أىّ شى ء يمنع عن نفوذ ذلك العقد و صحته كما هو واضح.

و بالجمله لا مانع من صدق العمومات على ذلك العقد الفضولى إذا انضم الى المالك المجيز عرفا بأىّ نحو كان الانضمام فانّ المناط فى صحه العقد الفضولى ليس الا استناد العقد اليه و لا يعتبر شى ء آخر ورائه كما لا يخفى.

ثم انّ العلامه الأنصارى (ره) قرّب الاحتمال الرابع و كفايه مطلق الرضا الباطنى فى الإجازه فلو علم ذلك و لو بغير مظهر و مبرز فيكفى فى صحه العقد الفضولى و استدل عليه بوجوه و قد تعرضنا لذلک فى أول البيع الفضولى عند عدم اعتبار الرضا المقارن فى إخراج العقد من الفضوليّه الى غير الفضوليه فحيث اكتفى المصنف بكفايه رضا المقارن فى ذلك فاكتفى بكفايه رضى الباطنى المتأخر فى الإمضاء أيضا.

الأول مما استدل به على مقصده لصحيحه محمد بن بزيع فى امرأه زوّجت نفسها من رجل فى سكرها ثم أفاقت و عرض لها النكاح فأقامت معها مقام الزوجه فقال (ع) إذا أقامت معه بعد ما

أفاقت فهو رضى منها وجه الاستدلال بها هو حملها على صوره توكيل الغير فى حال سكرها فى التزويج بحمل ذلك التوكيل على الفضوليه و الا فلا اعتبار بعقد السكران لو كانت بنفسها مباشره للعقد كما فى حاشيه السيّد.

و فيه: انّ نفس الاقدام بذلك اجازه فعليّه للعقد الفضولى فليست فيها دلاله بكفايه الرضا الباطنى من دون كاشف و مبرز و الا فلا مبرز له و من اين علم ذلك.

و منها ما فى بعض اخبار الخيارات ما أحدث فيه المشترى حدثا قبل ثلثه أيّام فذلك رضا منه و لا شرط له و قيل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبل إلخ.

فاستدل بها بانّ الظاهر من قوله فذلك رضا كفايه الرضا فى الإجازه و الإمضاء و كون المناط فى ذلك هو الرضا فقط.

و فيه: انّ ذلك إشاره إلى الحدث الذى هو من الافعال فيكون الخبر دالا على كفايه الرضاء المظهر بالمظهر لا بكفايته مجردا عن ذلك فلو لا كون ذلك الحدث مظهر للرضا فمن اين علم ذلك.

و منها الأخبار الوارده فى تزويج العبد بدون اذن سيده حيث انّ المانع من ذلك عصيان المولى فيرتفع برضاه و الاخبار الأخر- الوارده فى تزويج العبد بغير اذن سيده مع سكوت سيده فقد علل بانّ سكوت سيّده إقرار له بالعقد و غير ذلك من الاخبار الوارده فى خصوص تزويج العبد بغير اذن سيّده الظاهره فى صحتها مع رضا المولى و ان لم يظهره بمظهر فيعلم من ذلك كفايه الرضا الباطنى فى الإمضاء حيث انّ صحه عقد العبد أيضا متوقف على اجازه المولى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۰۹

و فيه: مضافا الى كون السكوت رضى فعليا لكونه من الافعال فيكون

كاشفا عن الرضا فلا تكون تلك الروايات داله على كفايه مجرد الرضا الباطنى انّه تقدم ان تلك الاخبار خارجه عن العقد الفضولى فانّ فى العقد الفضولى انّ الإجازه من المالك الذى ينسب العقد اليه و يستند اليه و يكون العقد عقده و هذا بخلاف عقد العبد بدون اذن سيّده فانّ طرف العقد و من يستند اليه العقد هو نفس العبد و المولى خارج عن ذلك غايه الأمر انّ إجازته دخيله فى صحه العقد كإجازه العمه و الخاله فى صحه عقد بنت الأخ و بنت الأخت فلو دلت هذه الروايات على كفايه الرضا الباطنى من المولى على عقد العبد فلا يكون مربوطا بما نحن فيه بوجه.

نعم مع قطع النظر عن هذا الاشكال انّ الاخبار الداله على صحه عقد العبد بدون اذن سيّده لأجل أنّه عصى سيّده و لن يعض اللّه لا بأس من دلالتها على كفايه الرضا لما ذكره الشيخ من ان عصيان السيد يرتفع بالرضا.

و اما التمسك فى ذلك بالآيات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه فبديهى البطلان لانّ العمومات غير شامله لعقد غير المالك الا بعد الانتساب كما عرفت و الانتساب لا يكون إلا بإنشاء الإجازه و إظهار الرضا عرفت بمظهر فعلى أو قولى كما مر.

و اما كلمات الفقهاء فأيضا بوجوه.

الأول: انّه ذكر بعضهم انّه يكفى فى إجازه البكر السكوت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۱۰

فهذا يدل على كفايه مجرّد الرّضا الباطنى لا انّ الرضا ليس بشرط فيه.

و فيه: قد عرفت من السكوت من جمله الأفعال فيكون مبرزا فعليّا للرضا و الا فمن اين علم انّ البكر راض بذلك العقد.

الثانى انّه علل جماعه عدم كفايه السكوت فى الإجازه بكونه أعم من الرضا فلا يدل

علیه فالعدول عن التعلیل من عدم اللفظ الی عدم الدلاله کالصریح فی کفایه الرضا الباطنی و الا کان حقه ان یقال السکوت لا یکفی فی الإجازه لعدم اللفظ.

و فیه: انّه صریح فی ما ذکرنا لا فی ما ذکره المصنف و العجب منه کیف غفل عن ذلک فانّ قولهم انّ السکوت أعم من الرضا صریح فی انّ السکوت تاره یدل علی الرضا و اخری لا یدل فإن الإنسان تاره یسکت برضائه و اخری یسکت بدون الرضایه و ردهم کفایه السکوت من جهه عدم دلاله الأعم علی الأخص کما هو قضیه منطقیه بدیهیه و هذا صریح فی انّ السکوت غیر الرضا و انما یدل علیه فی بعض الأحیان کما هو واضح لا یخفی.

الثالث انّه ذکر بعضهم انّه إذا أنکر الموکل الاذن فیما أوقعه الوکیل من المعامله فحلف انفسخت لان الحلف یدل علی کراهتها و فیه: انّ العقد تاره یکون خیاریا و اخری غیر خیاری فعلی الأول فقیامه علی مقام الحلف و إنکار الوکاله یکون موجبا للفسخ کما هو معنی العقد الخیاری و علی الثانی فبإنکار الاذن و الوکاله یکون فضولیّا فیکون أیضا قیامه مقام الحلف ردا فإنّه أیضا من الافعال له و علی ایّ حال یکون خارجا عن ما ذکره الشیخ ره و علی تقدیر دلاله

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۱۱

کلمات بعض العلماء علی ذلک بل تصریحهم علی ذلک فأیضا لا یدل هذا علی کفایه مجرّد الرضا الباطنی فی الإمضاء فإنّه لا دلیل علی حجیه قولهم لنا و انّما هم أفتوا بذلک بحسب اجتهادهم و فهمهم ذلک من بعض الروایات أو صدق العمومات بمجرّد الرضا و قد عرفت جوابها ثم انّ بین ما ذکرنا و

ما ذكره المصنف ثمر بيّن حيث انّه على ما ذكره المصنف يكون البيع بمجرد كشف رضا المالك مضى بخلافه على ما ذكرنا فإنّه ما لم يبرز الرضا الباطنى بمبرز لا يفيد لنا عن الإجازه.

قوله

الثالث من شروط الإجازه ان لا يسبقها الرّد.

اشاره

أقول: و قد استدل المصنف على اشتراط الإجازه بعدم سبق الرّد عليها بوجوه.

الأول: قام الإجماع على ذلک.

و فيه: انّه مضافا الى منع حجيه الإجماع المنقول انّ تحققه ممنوع لأنّه لا اشعار به فى كلمات القدماء و المتأخرين إلا فى كلام الشهيد فى القواعد و مع ذلک كيف يمكن دعوى الإجماع عليه.

على انّ الإجماع انّما يكون حجه إذا لم يكن له مدرك معلوم بل يكون مدركه قول المعصوم فيكون حجه من باب التعبّد المحض و مدركه هنا الوجهان الآخران و سنذكرهما فلا- أقل من احتمال ذلک فانّ حجيته مشروطه بالعلم بعدم ابتنائه على مدرك معلوم و يكفى منع ذلک احتمال الابتناء بمدرک آخر.

الوجه الثانى: انّ الرّد ممّا يوجب انحلال العقد و انعدامه

إذ الرّد الفاصل بين العقد و الإجازه بمنزله ما يتخلل بين الإيجاب و القبول و يوجب خروجهما عن عنوان صدق العقد عليهما بيان ذلک

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۱۲

انّ قوام العقد و تحققه فى وعائه انّما هو بالتعاهد و التعاقد بين الموجب و القابل و ارتباط التزام كلّ منهما بالتزام الآخر ليحصل العقد.

و بعباره اخرى: انّ من الأمور الحاصله بفعل الطرفين الموجب و القابل و الإيقاع عباره عن فعل شخص واحد و قائم به فلو لم يكن بين الإيجاب و القبول ربط و عقده لانقلب الى الإيقاع.

و على هذا فكما لو انفصل بين الإيجاب ما يوجب خروجهما عن ارتباط أحدهما بالآخر و اتصالهما بحيث يكون الإيجاب إيجابا

لهذا العقد و القبول قبولا لهذا و كك الرّد فإن الإجازه فى البيع الفضولى بمنزله القبول.

و فيه: ان كـان المراد من تخلـل مـا يوجب خروج الإيجاب و القبول عن عنوانهما اعراض الموجب عن إيجابه و فسـخه ما إنشائه من الإيجاب فهو متين فإنّ الإيجاب انّما يؤثر فى الملكيّه إذا بقى على حاله و لم يعتريه ما يوجب زواله و اذن

فلو رجع على إيجابه فلا يفيده بوجه و ان كان المراد من ذلك اعراض القابل عن ذلك و ردّه على الموجب و عدم قبوله إيجابه ثم ندم فله ان يقبل ذلك الإيجاب فإن ردّ القابل على الموجب لا يخرج إيجابه عن التأثير ما لم يخرج عن الإيجابيّه بواسطه الأمور الأخر الموجبه لبطلانه و لا دليل على انهدامه بردّ القابل.

اذن فالمطلب ليس بتمام فى المقيس عليه.

و اما المقيس فلو سلمنا كون ردّ القابل كرد الموجب موجبا لبطلان الإيجاب و عدم تأثيره فى الملكيّه فلا نسلّم ذلك فى الإجازه للفرق الواضح بين القبول بالنسبه إلى الإيجاب و بين الإجازه بالنسبه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۱۳

إلى الإيجاب و القبول فانّ العقد كما عرفت تماميته انّما هو بالإيجاب و القبول و لو خلا عن أحدهما لا يتحقق العقد لعدم تحقق التعاهد و التعاقد فحيث انّ الرد من ناحيه الموجب أو من ناحيه القابل أوجب ردّ الإيجاب فما نعزل عن الإيجابيه فيبقى القبول منفردا فهو على وحدته لا يكون عقدا.

و هذا بخلاف ما نحن فيه فانّ العقد قد تمّ بالإيجاب بتمامه و لم يبق فى البين إلا رضائه المالك ليكون ذلك تجاره عن تراض و منتسبا الى المالك و حينئذ ان ردّ الأصيل ذلك العقد مع كون احد طرفيه أصيلا ثم أجاز فقد تقدم الكلام فى تأثيره و عدمه.

و ان ردّ الفضولى ثم طرئه الرضا و أجاز فهل يوجب ردّه هذا خروج العقد عن قابليه لحوق الإجازه به أولا.

الظاهر هو الثانى لأنّ ردّه هذا لا يوجب انحلال العقد و لا يضرّ بصدق عنوانه على ذلك و عن قابليه انتسابه الى المالك بالإجازه لعدم الدليل عليه كما قلنا بعدم

تمـاميته فى المقيس عليه مع كون الإيجـاب من أحـد أطراف العقـد و كيف فى المقـام حيث تم العقـد و لم يبق الاـ انتسـابه الى المالك فردّ الفضولى لا يخرجه عن قابليه الانتساب و لا دليل على تأثير ردّه فى انحلال العقـد و لا مانع عن التمسك بالعمومات و المطلقات بعد الإجازه لصدق عنوان العقد على هذا و صدق انّ العقد عقده فيجب الوفاء عليه.

و بعباره اخرى: انّ دليل الوفاء بالعقد سـبق بعنوان القضيه الحقيقيه فإنما تحقق العقد و صدق عليه عنوان العقد عرفا فيشمله ذلك الدليل فيحكم عليه بوجوب الوفاء و فى المقام حيث يصدق على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۱۴

العقد الفضولى مع تخلل الرد من الفضولى بين العقد و الإجازه انّه عقد عرفا فيشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيحكم عليه بوجوب الوفاء.

الثالث: انّ دليل السلطنه و هو يقتضى سلطنه المالک على ماله

و مقتضى ذلك تأثير الرّد فى العقد و كونه موجبا لقطع علاقه الطرف الآخر عمّا انتقل إليه.

فإنّه قـد حصل بواسـطه البيع الفضولى شأنيّه كونه للطرف الأخر فى ذلك المال فلو لم يكن له ازاله تلك الشأنيّه للزم الخلف فى دليل السلطنه و عدم كونه مسلطا على ماله فبمقتضى ذلك يكون مالكا على الرد ليزول ذلك السلطنه.

و فيه أوّلا: انّ دليل السلطنه نبويّه مرسله فلا تكون حجه لعدم انجباره بشى ء.

و ثانيا: انّه قد تقدم سابقا انّ دليل السـلطنه ليس مشـرعا فى مفاده و ناظرا إلى الأحكام الشـرعيه بحيث لو شككنا فى ترتب بعض الاحكام على الاملاک نتمسّک بـدليل السـلطنه كما إذا شـككنا ان لبس السـنجاب جائز فى الصـلاه أو غير جائز فنمسّک بدليل السلطنه أو ان أكل شى ء فلانى جائز أولا فنمسّک بذلک أو انّ بيع الميته و نحوها جائز أم لا فنمسّک

بدلیل السلطنه و هکذا بل انّما نتمسّک به بعد الفراغ عن الحکم الشرعی من الجواز و عدمه و الشک فی انّ للغیر حق المنع عن ذلک کما فی المهجور و المجنون و الصبی و السفیه أولا و بمقتضی ذلک یحکم بعدم جوازه و انّه لیس للغیر ذلک.

و بالجمله انّ مقتضی تسلط الناس علی أموالهم عدم جواز مزاحمه الغیر عن تصرفاته فیما له ذلک شرعا و ثبت جوازه و کان مفروغا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۱۵

عنه قبل شمول دلیل السلطنه و انّما دلیل السلطنه ناظره فقط الی منع الغیر و حجبه عن ذلک التصرف الجائز.

و بعباره اخری: انّ موضوعه ثبوت الجواز قبله و بعد ثبوته و هو متکفّل لمنع الموانع الخارجیه دائما و لیس له فی إثبات أصل الجواز مانع بوجه أصلا و الا یلزم ان یکون الناس مسلّطا علی أحکامهم بدلیل السلطنه و یکون ذلک الدلیل مشرعا.

و ثالثا: لو سلّمنا کون دلیل السلطنه مشرّعا و ناظرا إلی الاحکام أیضا و لکن لا یشمل المقام نقضا و حلا.

اما النقض فلانّه لو کان دلیل السلطنه متکفلا لإثبات کون الرّد مزیلا لقابلیه کون المال للغیر بإجازه المالک و مانعا عن بقاء علاقه الطرف الآخر فیه لکان مانعا من الحدوث و عن أصل انعقاد بیع الفضولی صحیحا حیث ان ثبوت علاقه الغیر فی المبیع فضولا خلاف مقتضی سلطنه المالک فلو کان ذلک مانعا عن البقاء فأولی ان یکون مانعا عن الحدوث و الحال انّه غیر مانع من الحدوث فیعلم من ذلک انّه غیر مانع عن البقاء أیضا فلا یؤثر ردّه فی سقوط المبیع عن قابلیّه انتقاله الی الغیر بالإجازه لو کانت تلک القابلیّه ثابته بالبیع.

و اما الحل

فبـانّ تلـک القـابليّه فی الأموال ثابت من الأول و قبل البيع الفضولی حيث انّ لکل مالک له ان يبيع ماله من الغير برضايته و طيب نفسه و يجيز ذلـک البيع من دون ان يثبت للطرف الآـخر هنـا حق و علاـقه غايه الأمر ففی صوره بيع ذلک المالک فضوله تحقق أحـد جزئی ذلـک الموضوع المرکب اعنی جواز البيع و کونه برضائه المالک و أجازته بفعل الفضولی أعنی العقـد و بقی الجزء الآخر أعنی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۱۶

الإجازه و ذلک من الأحکام الشـرعيّه للمالک فی أموالهم و ليس مربوطا بدليل السلطنه بل قبل ذلک الدليل و بدليل السلطنه هنا يمنع عن منع الغير من إيجـاد ذلـک الموضوع المرکب اعنی الـبيع مع الرضـايه و الإجـازه الـذی من الأحکـام الشـرعيّه. و بعبـاره أخری: جواز البيع و أجازته من الأحکام الشرعيّه الثابته للملاک مع قطع النظر عن دليل السلطنه سواء کان هناک دليل السلطنه أم لم يکن نعم فی إجراء ذلـک الحکم فی البيع الفضولی لا نحتاج الی العقـد لتحققه بل إلی الإجازه فقط لتحقق الموضوع لانتقال المال الی الغير.

و أوضـح من ذلک انّ الفضولی لم يرد شـيئا فی ذلک المال الذی باعه لتنافی سـلطنه المالک و يکون ذلک علاقه لطرف الأخر کمـا توهم و بنی عليه أسـاس الاسـتدلال حتی يـدفع ذلـک بـدليل السـلطنه و يقـال ان يـدفع ذلـک فلو لم يؤثر للزم ان لا يکون الإنسان مسلّطا علی ماله و انّما الفضولی قـد أوجـد موضوع الإجازه الذی عباره عن العقد بحيث کان قبل ذلک اختيار إيجاده و عدمه تحت يد المالک بان يوجد الموضوع المرکب من العقد و الإجازه و کان ذلک ثابتا من الأول.

و لکن

إذا أوجد الفضولی أحد جزئی ذلک الموضوع المرکب کان الجزء الآخر تحت اختیار المالک له ان یوجده و له ان لا یوجده.

و لو کان دلیل السلطنه متکفلا- لإثبات جواز الرّد للمالک الفضولی بحیث ان یبقی الرّد موضوعا للإجازه للزم ان یکون نفسه معدوما لنفسه فإنّه عرفت انّ الفضولی لم یفعل شیئا ینافی سلطنه المالک-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۱۷

حتی یدفع بدلیل السلطنه بل أوجد موضوعا للإجازه فلیس هنا للمالک المجیز إلا الإجازه و عدمه فالإجازه تثبیت و عدمها تحلیل و الا فالرّد لیس له اثر و ان کان مشوبا بسوء الخلق و ضیق النفس.

و بعباره أخری: أحد جزئی موضوع المعامله و علی هذا لو ثبت بدلیل السلطنه ما یمنع عن نفوذ اجازه المالک المجیز للزم إعدام نفوذ الإجازه بدلیل السلطنه و هذا ما قلنا من اللازم.

و بیان آخر انّ المال حسب انحفاظه تحت سلطنه مالکه فی عمود الزمان لو أراد أحد التصرّف فیه بغیر إذن أهله یتوقف علی اذنه و لو منع عن تصرّفات مالکه بأنحاء التصرفات فیدفع ذلک بدلیل السلطنه و اما لو لم یمنع عن تصرّفات المالک بوجه و لا انّه تصرّف فیه بغیر اذنه بل فعل فعلا- فیه من دون تصرّف یکون فعله هذا موضوعا لفعل البائع فی إیجاد غرض من الأغراض بحیث لو کان بنفسه مباشر الإیجاد ذلک الغرض کان علیه إیجاد ما فعله الغیر مع ما یحتاج صدوره علیه فحینئذ لا یکون دلیل السلطنه دافعا لذلک بل فعله هذا مؤید لذلک الدلیل.

و لو أرید إثبات الرد بدلیل السلطنه فمعناه کما ذکرنا لیس الا منع تأثیر الإجازه و سدّ بابها مع انها ثابته بدلیل السلطنه فیلزم من شموله إعدام نفسه

بنفسه و هذا من الوضوح بمكان.

ثم انّ من العجائب قياس الأستاد الرّد بالإجازه بأنّه كما ليس للمالک فسخ العقد بعد أجازته و کک ليس له إمضائه بعد ردّه.

و وجه العجب انّ الإجازه تثبيت العقد و تقريره فی مقرّه بخلاف الرّد فانّ كونه موجبا للفسخ أول الكلام كما عرفت فالصحيحه الظاهره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۱۸

فی صحه الإجازه بعد الرّد فعلى مقتضى القاعده و تكون مؤيده لما ذكرنا مع قطع النظر عمّا تقدم من عدم تحقق الرّد بذلک الأخذ.

نعم لها اشعار الى ذلک من جهه احتمال عدم اراده ذلک التوجيه الذى ذكرناه و کک لا وجه لقياس الرّد بالفسخ من انّه كما لا يجوز الإمضاء بعد الفسخ و کک لا يجوز الإجازه بعد الرّد و ذلک ان تأثير الفسخ فی العقود الخياريّه انّما ثبت بدليل شرعی و هذا بخلاف الرّد فإنّک قد عرفت عدم تأثيره فی العقد الفضولی بوجه لعدم الدليل عليه بل ليس هنا إلا الإجازه و عدم الإجازه كما عرفت.

ثم بقی هنا أمران.

الأول: انّه قيل انّ إثبات جواز الرّد بدليل السلطنه يوجب تعارضه فی مفهومه

فإنّه يوجب إثبات جواز الإجازه أيضا فيقع التعارض فی مفهومه من حيث إثبات الرّد و إثبات الإجازه لأنّ إثبات كل منهما موجب لإسقاط الأخر.

و فيه: انّه مع الإغماض عمّا ذكرناه من عدم شمول دليل السلطنه على الرّد انّ هذا توهم فاسد إذ ليس شمول دليل السلطنه على الرّد فی عرض شموله على الإجازه ليقع بينهما التعارض بل شموله على كل منهما فی طول الأخر و بأيّهما شمل أولا يوجب إعدام الآخر و لا يكون تعارض بوجه لانّ الشمول على نحو البدليّه لا بعنوان المجموع من حيث المجموع كما توهم.

الثانی: انّه ذكر شيخنا الأنصاری بعد دعوى ظهور الصحيحه فيما ذكرنا اللهم الا ان يقال انّ الرد الفعلی كأخذ المبيع مثلا غير كاف بل لا بدّ من إنشاء الفسخ

و دعوى ان الفسخ هنا ليس بأولى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۱۹

من الفسـخ فى العقود اللازمه و قـد صـرّحوا بحصوله بالفعل يـدفعها ان الفعل الـذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما لا مثل أخذ المبيع.

و فيه: انّه لا شـبهه فى كون الفسـخ بالفعل ككونه باللفظ الا انّ جعله الأخـذ غير كاف فى الفسخ لا وجه له بل هو كسائر الافعال فى تحقق الفسـخ به كيف فهل يجوز الالتزام بجواز أخـذ مال الغير بـدون إذنه فإنّه لو قلنا بعدم تحقق الفسخ به للزم القول بجواز أخـذ مال الغير بل هـذا من أقوى ما به يتحقق الفسخ و لكن لا يمكن الالتزام بتحقق الرّد بالأخذ فى باب الفضولى و ما توهّم من الأولويّه من انّه يكفى الفسخ به فى باب العقود و فى الفضولى لا بدّ و ان يكون كافيا بالأولويّه فبلا وجه بل المطلب على عكسـه و ذلک من جهه انّ الفسخ و ان کان رفعا و الرّد دفعا الا انّ مجرّد ذلک لا یوجب کون مئونه الدفع أقل

من الرّد حتى يثبت بالأولويه على الـدفع كلّما يكون ثابتا على الرّد و لكن العقد بعد صدوره من الأصـيل يكون مؤثرا فى حصول الملكيه للطرف الآخر و لو كان عقـدا خياريّا و يكون المبيع ملكا للمشترى فلا يجوز لأحـد ان يتصـرّف فيه أو يأخذه و مع ذلك لو أخـذه البائع مع كونه ذا خيار فيكون ذلك فسـخا منه للعقـد كما انّه لو لم يكن ذى خيار لكان أخذه هذا حراما لكونه تصـرّفا فى مال الغير و السّر فى ذلك ان المال بما انّه مال للغير فيكون الأخذ ظاهرا فى الفسخ مع كون الآخذ ذو خيار.

و هـذا بخلاف أخـذ المالك المجيز فإنّه ما لم يجز العقد كان له ان يتصـرف فى ماله كيف شاء لكون ذلك من شـئون المالكيه على

شى ء أذن فأخـذ المالك ما له لا يـدل على الفسـخ بل فسـخ أم لم يفسـخ كان له ذلك و انّما قلنا بتحقق الفسخ به فى الأول من جهه عـدم جواز أخـذه لغير المالك و لغير الفاسـخ و لـذا قلنا انّ ظهور الأخـذ فى الفسخ و اما فى المقام فله ذلك فسخ أم لا فلا وجه للالتزام بتحقق الفسخ به هناك فضلا عن تحققه به هنا بطريق اولى.

و من جهه هذه النكته قلنا فى صـحيحه محمد بن قيس ان أخذه الوليده لا يدل على الرّد لتكون الروايه شاهده على جواز الإجازه بعد الرّد بل الأخذ على طبق القاعده و من جهه أخذ المالك مال نفسه و كون ذلك من شئون مالكيّته فافهم.

قوله

الرابع الإجازه أثر من آثار سلطنه المالك على ماله.

أقول: حاصل كلامه هنا انّ ثبوت حق الإجازه للمالك المجيز و تأثيرها فى العقد الفضولى من الأحكام الشرعيه

الثابته للمالک و هو موضوع لها کجواز البیع و الهبه و الصلح و نحو ذلک للمالک فکما انّ للمالک بیع ماله ابتداء مباشره أو توکیلا فکک له ان یجیز ما وقع علیه فضولا.

و بعباره اخری: انّ من جمله الأحکام الشرعیه المترتبه علی المالک هو جواز بیع ماله و اجازه بیعه لو بیع فضولا و لیس ذلک- الحکم مربوطا بباب الحقوق کالخیارات و نحوها لتوارث بناء علی انتقاله الی الغیر و هذا یتضح فی ضمن وجهین.

الأول انّهم ذکروا فی باب الإرث انّ الزوجه لم ترث من العقار و انّما یرث من غیرها من کل ما ترکه المیّت من حق أو مال و من کلّما یجوز انتقاله الی الوارث.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۲۱

و علی هذا فلو باع الفضولی دار احد فضوله و مات المالک قبل أجازته البیع فیکون المال منتقلا الی الوارث فبناء علی کون الإجازه من الاحکام فلکل من انتقل الیه المال اجازه البیع بناء علی جواز مغایره المالک حال العقد و حال الإجازه بحیث یکون المالک حین حدوث البیع شخصا و حین الإجازه شخصا آخر و هذا لیس من جهه إرث الإجازه فإن الفرض انّه من الاحکام أو إذا قلنا بعدم انتقال الحقوق الی الوارث بالموت علی تقدیر کونها من الحقوق بل من جهه انتقال موضوعها إلی الورثه اعنی المال فانّ تلک الإجازه کانت قائمه بالمالک فی ذلک المثمن أو الثمن فإذا تبدّل المالک لذلک المال فینتقل الحکم أیضا لکونه قائما بذلک الموضوع فإنّه ذکرنا انّ لکلّ مالک اجازه بیع ماله لو بیع فضولا و اذن فلیس للزوجه حق الإجازه لذلک البیع بل هو حق من انتقل الیه المال و الفرض انّ العقار

لا تنتقل إلى الزوجه.

و إذا قلنـا بكون الإجـازه من الحقوق و قلنـا بجواز انتقـاله إلى الورثه بموت و نحوه فيـدخل ذلك تحت قوله (ع) ما تركه الميت فلوارثه الا ـ العقـار و لا شـبهه انّ نفس حق الإجازه للعقـد الفضولى ليس من العقار بل من غيرها التى ترثها الوارث زوجه كان أو غيرها.

الوجه الثـانى: انّه ذكر الفقهـاء رضوان اللّه عليهم فى بـاب الخيـارات انّه ينتقـل الخيار بموت ذى الخيار إلى الورثه فيكون الورثه ذى خيار.

فاختلفوا فى طريق اعمال الخيار منهم إذا تعدّدوا فبنى شيخنا الأنصارى انّه ثابت لطبيعى الورثه فأىّ منهم امضوا البيع فيكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۲۲

لازما و اى منهم فسخوا فينفسخ سواء اعمل الآخرون خيارهم أم لا و قال بعض آخر انّه ثابت للمجموع من حيث المجموع بحيث انّ إمضائهم أو فسـخهم لا تؤثر إلا إذا اجتمعوا فى الفسـخ أو فى الإمضاء و هو الـذى بنينا عليه فى محله و هنا احتمال ثالث و هو ان يقال بالتقسـيط و انّه اى منهم أجاز أو فسـخ ينفسـخ و يلزم بالنسـبه إليه فقط لانّ لكلّ من الورثه حق و حصه فى ذلك الخيار المنتقل من الورثه إليهم فيثبت له حقه و لكن هذا احتمال ضعيف لا يعتنى به بل العمده هنا الوجهان الأولان.

و لكن ذلك لا يثبت فى الإجازه حتى مع القول بانتقالها إلى الورثه بنفسها كحق الخيار.

و ذلـك لانّ الإجازه كما عرفت حكم شـرعى تابع لموضوعه اعنى المالك فان كان المالك مسـتقلا و لم يكن له شـريك آخر فيكون مستقلا فى الإجازه أيضا و ان كانوا متعددين فلا بد و ان يجيز كل منهما ليكون لازما و الا فيكون لازما بالنسبه إلى

المجيز فقط ليس الا- و هذا نظير ما إذا جمع الفضولى أموال اشخاص متعددين فى بيع واحد فإنّه هل يتوهم احد انّ اجازه أحدهم يوجب لزوم المعامله بالنسبه إلى الآخرين أيضا و هكذا المقام غايه الأمر انّ فى ما نحن فيه قد تعددت الملاك بقاء و فى المثال انّما كان التعدد من الأول و هذا المقدار لا يكون فارقا.

و بالجمله انّه فرق بين انتقال الإجازه إلى الورثه و كون أمر الإجازه بيدهم و بين انتقال حق الخيار إليهم كما عرفت.

قوله

الخامس اجازه البيع ليست اجازه لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۲۳

أقول: لا- ريب فى عدم الملازمه بين اجازه البيع و بين اجازه قبض الثمن أو المثمن و لا لإقباضهما و ذلك لانّ كل واحد من اجازه البيع و اجازه القبض أو الإقباض أمر مستقل غير مربوط بالآخر كسائر الأمور الاعتباريه أو الخارجيه الا أن يكون بينهما احدى الدلالات من الإشاره أو الاقتضاء أو غيرهما، و على ذلك فاجازه البيع لا يستلزم اجازه القبض الا مع التصريح. ثم انّه هل يكون نفس القبض قابلا- لان يتعلق به الإجازه أم لا، و ربما يقال انّ القبض أمر تكوينى لا يمكن ان يتعلق به الإجازه فإنّ ما وقع من الأفعال الخارجيه لا ينقلب عمّا هو عليه و سيأتى ما فيه من الرهن و قد فصّل المصنف بينما يكون الثمن أو المثمن شخصيا فحكم بصحه إجازه القبض و الإقباض و جريان الفضولى فيهما و بينما يكون كليّا فى الذمه و انّما تعينه و تشخصه ليس الا بقبض الفضولى فقط و ذلك لانّ مرجع اجازه القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشترى و مرجع إجازه الإقباض إلى حصول المبيع فى يد المشترى

برضـی فیـترتب علیـه ح جمیـع الآثـار المـترتبه علی المـبیع و یتـم ذلـک بالإجـازه الصـریحه أو الاقتضـائیه فی الثمـن أو المثمن الشخصیین.

و أمـا الکلّی منهمـا فلیس لنـا دلیـل علی جریـان الفضولیه فیهمـا لعـدم تعیّن الکلی بأخـذ الفضولی حتی یتعلق به اجـازه المالک المجیز و یرجع الی إسقاط الثمن عن عهده المشتری و الی حصول المبیع فی ید المشتری.

و لکن الظاهر انّه لا فرق بین کون الثمن أو المثمن شخصیّا أو

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۲۴

کلیّا فی الذمه و ان صحّ تعلّق الإجازه بالقبض أو الإقباض بالدلاله الصـریحه أو غیر الصریحه فصحّ فی کلیهما و الا فلا، و الظاهر هو الأول لا من جهه ما ذکره المصـنف من انّ مرجع اجازه القبض إلی إسـقاط الضـمان عن عهـده المشتری فإنّه انّما یتمّ إذا قلنا بانّ ضـمان المشتری الثمن بحسب القاعده و انّه بمقتضـی الشـرط الضمنی اذن فاجازه البائع قبض الفضولی الثمن إسقاط لذلک الشرط الضمنی.

و امـا إذا قلنـا بـأنّه من باب التعبّـد الثابت بمقتضـی کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه و انّما أجروا ذلک فی الثمن لأجل حمـل المـبیع علی المثـال فـانّ من البعیـد ان یختلـف حکـم المثمن مع الثمن فی بیع واحـد و ح فیمکن منع شـمول ذلـک لقبض الفضولی فـإنّ معنی کون تلف المبیع من مـال البـائع انّه لیس ضـمانه علیه و لزوم خروجه عن عهـدته بل معناه فساد البیع و کون تلف المبیع من مـالکه و عـدم حصول النقـل و الانتقال به و لـذا نقول انّ الحکم یسـری الی الثمن أیضا و لهـذا لا یمکن فی حق الفضولی حتی مع تصریح المالک به لکونه مختصا بالمالک بمقتضی التعبد کما هو

واضح بل جواز تعلّق الإجازه بالقبض من جهه التوكيل و ذلک لانّ الإجازه مثل الوكاله فكما يصحّ التوكيل فى القبض و كذلک يصح أجازته.

و أوضح من ذلک ان الافعال على قسمين قسم يصحّ تعلّق النيابه و الوكاله بها و قسم لا يصحّ فالأوّل كالعقود و الإيقاعات و أمثالهما فإنّه يصحّ التوكيل و النيابه فيهما و الثانى كالأكل و النوم و القيام و الجلوس و أمثالهما من سائر الأفعال التكوينيه فإنهما مما لا يصح ان يتعلق بها النيابه و الوكاله.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۲۵

و القبض من قبيل الأول فإنه ممّا يقبل النيابه و الوكاله فيقبل الإجازه أيضا لأنّ الإجازه عين الوكاله غايه الأمر انّ الوكاله من الأول و الإجازه ليس من الأول و انّما تقع على الفعل الواقع.

بل على ذلک السيره العقلائيه فإنّه لم يشک أحد فى انّه لو استقرض شخص من الآخر دينا فاستوفى أخ الدائن ذلک الدين من المديون لصح ذلک لو أجازه الدائن.

اذن فلا وجه لتوهم انّ القبض من الأمور التكوينيه فلا تنقلب بالإجازه عن واقعها فان عدم الانقلاب انما يجرى فى الآثار الماضيه دون الآثار الباقيه كما لا وجه للفرق بين كون الثمن أو المثمن كليّا أو شخصيّا.

ثم انّ ما ذكرنا من عدم الملازمه بين اجازه البيع و اجازه القبض فيما لم يكن القبض مأخوذا فى صحه البيع كبيع الصرف و السلم و الهبه و الا فإجازتها ملازم لإجازه القبض صونا لكلامه عن اللغويه و كذلک فيما إذا صرّح بإجازه القبض عند اجازه البيع و هذا كباب الصرف و السلم و الوقف و الهبه فأنّ اجازه القبض فيها اجازه للعقد أيضا فإنّ من الواضح انّه لا يشترط المباشره فى القبض

فيما يكون القبض شرطا لصحه المعامله بل المناط استناد القبض الى المالك و لو كان بقبض وكيله و لو عامل شخص كبير بيع الصرف و أمر بخادمه القبض لصدق القبض بالنسبه اليه و هذا كله إذا كان المجيز عالما بالملازمه و اما مع الجهل فلا ملازمه أيضا لعدم تماميه دلاله الاقتضاء ح ثم انّ التقابض فى المجلس ليس معناه ان يكون المتبايعين فى مجلس واحد عرفى بل معناه ان يكون التقابض فى مكان العقد و لو كان بينهما بعد كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۲۶

تقدم ذلك فى ثبوت خيار المجلس.

بقى الكلام فى انّه هل يجرى نزاع الكشف و النقل فى القبض و الإقباض أولا، الظاهر انّه لا يجرى لأنهما ليسا مثل البيع و سائر العقود يمكن تعلق الإجازه بوجودها المتقدم فإنّ الإجازه من الأمور التعليقيه و الأوصاف الحقيقيه ذات الإضافه يصحّ ان تتعلق بالأمور الماضيه كما يصحّ ان تتعلق بالأمور الحاليه و المستقبله.

و هى مع احتوائها بالحقيقيه الكذائيه مأخوذه فى العقود جزء أو شرطا.

اذن فيصح ان تتعلق بالعقود الفضوليه من حين صدور العقد فيحكمه بتأثيره فى النقل من ذلك الزمان و من هنا ذكرنا انه لا بعد فى بيع مال فى الحال قبل يوم أو شهر أو سنه غايه الأمر انّه خلاف بناء العقلاء و منصرف عن مفاد العمومات فى الاصيلين و لكن لا مانع من شمولها على العقود الفضوليه و جعلها صحيحه و مستنده الى المالك بالإجازه حين الإجازه من الأوّل كما عرفت و هذا بخلاف القبض فإنه أمر تكوينى غير تعلقى فلا يمكن ان يستند الى المالك بالإجازه من حين تحققه بل يستند اليه من حين الإجازه لأنّ ما تحقق بتمام

حقیقیه فی الخارج و صار فعلیّ الوجود من جمیع الجهات لا ینقلب عمّا هو علیه و لا یستند الی غیر فاعله من حین صدوره لانه لم یؤخذ شی ء فی حقیقته من الأمور التعلیقیه حتی یمکن تعلقه بالأمر المتقدم و یوجب استناده من بدو صدوره الی غیر فاعله بالإجازه، اذن فلا معنی للقول بالکشف فی إجازه القبض و الإقباض و انّما یکونان مستندین الی المجیز من حین الإجازه و عنده یکون قبضا للمجیز فقهرا یثبت

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۲۷

النقل و لا یمکن المناص عنه نعم لو دل الدلیل علی صحه تعلق الإجازه بالقبض المتقدم فلا مانع من ذلک فان المانع عنه لیس فی مقام الثبوت بل من جهه عدم وجود المقتضی و الدلیل علیه فی مقام الإثبات.

قوله

السادس الإجازه لیست علی الفور للعمومات.

أقول: ان الإجازه فی العقد الفضولی لیست علی الفور للعمومات و صحیحه محمد بن قیس بل فیها شهاده علی جواز الإجازه بعد الکراهه و هذا ممّا لا شبهه فیه.

و انّما الکلام فی انه إذا لم یجز العقد و تضرّ الأصیل بتأخیره الإجازه بناء علی عدم جواز تصرفه فیما انتقل الیه و فیما انتقل عنه علی القول بالکشف.

فهل للأصیل فسخ العقد الفضولی أو إجبار المالک المجیز بالإجازه أو الرّد أولا شی ء علیه بل لا بد و ان یتحمل بالضرر لإقدامه علیه بنفسه و قد قویّ المصنف الأول و لکن الظاهر أنّه علی القول بالکشف و شمول العمومات علیه لا یتمّ فی جمیع الموارد فانّ النکاح ممّا لم یثبت فیه الخیار لینجبر الضرر بالخیار إلا فی الموارد المنصوصه و کذلک لا یمکن الإجبار فی جمیع الموارد کما إذا کان مالک العقد ممن لا یمکن إجباره امّا لعلو

سطوته أو لعدم وصول اليد اليه و قد نقل انّ امرأه زوجت نفسها للحجه المنتظر عليه و على آبائه آلاف التحيه و الثناء و بقيت على ذلك العقد لتقليدها ممّن يرى لزوم العقد الفضولى من ظرف الأصيل.

و الظاهر انّه لا دليل على إجبار الطرف على الإجازه أو الرّد و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۲۸

لا ثبوت الخيار للطرف الأصيل. أما الأول فلعدم الدليل عليه مضافا الى تسلّط الناس على أموالهم عقلا و شرعا فلهم ان يفعل فيه ما يشاء فإن الإجازه كما تقدم ليس الا مثل البيع فكما ان المالك له تمام الاختيار فى بيع ماله و عدمه و ليس لأحد أن يجبره على ذلك و هكذا الإجازه و تضرر الأخر من عدم اجازه المالك أو ردّه لا يجوز الإجبار بعد ما كان هو نفسه مقدما على الضرر.

و اما ثبوت الخيار فهو أيضا لا دليل عليه بعد شمول العمومات على ذلك العقد و ليس فى البين الا تضرر مالك الأصيل لينفى لزوم العقد بدليل نفى الضرر و فيه انّ الضرر على تقدير تسليم كونه مدركا لثبوت الخيار انّما يكون فى مورد يكون حادثا لا موجودا من الأول فإنّ إقدام الأصيل على المعامله الفضوليه ضرر عليه من الأول غايه الأمر يختلف ذلك قله و كثره بحسب طول الزمان و قصره و هذا لا يوجب الفرق بينهما و الحق انّه لا مناص من القول باللزوم بناء على شمول العمومات عليه من حين العقد على القول بالكشف و لعل عدم اللزوم بين الفقهاء من جمله ما يدل على ما اخترناه من عدم اللزوم من حين العقد حتى على الكشف بل من حين الإجازه غايه الأمر يكون المجاز

علیه العقـد من زمان الصـدور من المتعاقـدین فإنّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قـد أسـند ذلک العقد الی المالک المجیز بالإجازه و العجب من شیخنا الأستاذ کیف رضی القول باللزوم للأصیل حتی علی القول بالنقل و قد تقدم ما فیه.

قوله

السابع هل یعتبر فی صحه الإجازه مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۲۹

أقول: تـاره تکون الإجـازه مطـابقه للعقـد الواقع فضولاـ بحیث یکون المجاز عین ما صـدر من الفضولیین و قـد تقـدم الکلام فی ذلک مفصلا مع الاختلاف فیه بالکشف و النقل.

و اخری لاـ یکون العقـد المجـاز مطابقـا للعقـد الفضولی بـل یبـاینه کمـا إذا وقع العقـد الفضولی مثلا علی الـدار و تعلقت اجازه المالک الإجازه علی البسـتان فهـذا باطل بلا إشـکال لأن ما وقع علیه العقـد غیر ما تعلقت به الإجازه فالعقد الفضولی لم تتعلق به الإجازه و ما أجیز لم یقع علیه العقد.

و ثالثه یکون المجاز مغایرا للعقد الفضولی لا مغایره مباینه بل بالإطلاق و التقیید أو بالکلیه و الجزئیه کما إذا وقع العقد الفضولی علی مالین لشخصـین أو لشـخص واحد فأجاز أحدهما دون الأخر أو أجاز البیع فی أحد المالین دون الأخر فإن المجاز مغایر لما وقع علیه العقـد بالکلیه و الجزئیه و کما إذا وقع العقد علی الدار مثلا مقارنا مع الشـرط فأجاز المالک بدونه فیکون المجاز مغایرا کما وقع علیه العقد الفضولی بالإطلاق و التقیید.

و هل یصـحّ العقـد الفضولی مع هـذا الاختلاف بین المجاز و ما وقع علیه العقـد أم لا یصـح و قد فصّل المصـنف و قال فلو أوقع العقد علی صـفقه فأجاز المالک بیع بعضها فالأقوی الجواز کما لو کانت الصفقه بین مالکین فأجاز أحدهما و ضرر البعض یجیز بالخیار و لو أوقع العقد علی شرط بإجازه المالک

مجردا عن الشرط فالأقوى عدم الجواز و ما افاده هو المتعيّن أما صحته عند الاختلاف بالجزئيه و الكليّه كما عليه الأستاذ فلأنّ البيع الواحد الواقع على شيئين أو أشياء انّما ينحل الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۳۰

بيوع عديده فكما يجوز بيع واحد منها على انفراده ابتداء فكذلك يجوز اجازه البيع فى واحد منها دون الآخر لأنّك قد عرفت انّ الإجازه المتأخره من المالك ليست الا كالبيع الابتدائى فكما له بيع ماله على النحو الذى يريد ابتداء مباشره أو توكيلا فكذلك له اجازه بيع الفضولى المتعلق بماله على ما يريد غايه الأمر ان فى البيع الابتدائى يوجد العقد مع الاذن و فى الإجازه المتأخره حصل موضوع الإجازه أعنى العقد قبلها و اما تكميل حقيقه البيع و تماميه ماهيته عند تحقق الإجازه لكونها من مقوّماتها و اجزائها.

و أما تضرر المالك بتبعض الصفقه فينجبر بالخيار الثابت بشرط ضمن العقد فكأنّ المشترى يشترط على البائع ان لا يكون المبيع متبعضا و الا فليس المشترى ملزما بقيامه على التزامه و بالجمله لا نعرف وجها لبطلان البيع فى هذه الصوره بل جرى على هذا المنهج- كلمات الفقهاء فى بيع ما يملك و ما لا يملك أو ما يملك و ما لا يملك حيث ان البيع يصح فى ما له و يبطل فى الأخر كما يصح فى ما يملك و يبطل فى الأخر كما إذا وقع العقد على الشاه مع الخنزير بل الأمر كذلك فى بيع شى ء واحد كما إذا باع دارا فضوله فأجاز المالك البيع فى نصفه دون النصف الأخر لكونه لشخص أخر و السّر فى ذلك هو ما أشرنا إليه من انحلال العقد الواحد الى عقود متعدده كالعموم-

الاستغراقى لا كالعموم المجموعى و كون الإجازه مثل البيع.

و أما إذا اختلف المجاز مع ما وقع من حيث الإطلاق و التقييد و العموم و الخصوص فالذى ينبغى ان يقال ان الشرط تاره يقع فى ضمن العقد و اخرى فى ضمن الإجازه و على الأوّل فتاره يكون للمالك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۳۱

على الأصيل و اخرى للأصيل على المالك. فلو كان للمالك على الأصيل و أجاز المالك العقد بلا شرط فلا شبهه فى صحه الإجازه و صحه استناد البيع اليه و تحقّق حقيقته فى وعائه فإنّ المالك مسلّط على ماله و كلّما يرجع إليه أمره فله إسقاط ما يريد إذا كان موجودا فى ذمّه أشخاص آخرين مثلا- إذا باع الفضولى ثوب أحد و اشترط فى ضمن العقد ان يخيط الأصيل ثوبا للمالك فأجاز المالك بدون الشرط فيصح ذلك لكون الشرط له فله إسقاطه.

و بعباره اخرى: انّ اجازه المالك التزام الفضولى بأصل المعاوضه و عدم أجازته التزامه بالشرط على نفس الأصيل تجاوز عن حقّه الذى التزم به الأصيل على نفسه فلا- وجه لتوهم البطلان الأ-من جهه التعليق فهو أيضا منفى كما سيأتى و اما لو كان من الأصيل على المالك الفضولى فأجازه بلا شرط فقد حكم العلامه الأنصارى (ره) بالبطلان و شيخنا الأستاذ بالصحه مع ثبوت الخيار للأصيل و أفاد فى وجه ذلك بانّ المقام نظير تعذر الشرط الواقع بين الإيجاب و القبول الذى يكون ضميمه لأ-حد العوضين فكما انّ تعذره لا يوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فكذلك المقام فإنّه و ان لم يتعذّر خارجا الا انّ امتناع المجيز و عدم قبوله الشرط بمنزله التعذر و لا وجه لبطلان العقد الا

على القول بالتقييد و الإناطه و الحق عدمه و لذا نقول بانّ الشرط الفاسد غير مفسد للعقد إلا إذا صار موجبا لاختلاف أحد أركانه، فنقول لا شبهه انّ الشرط و المشروط إذا كانا من قبيل المعلق و المعلق عليه كالشرط و المشروط التكوينيين فلا شبهه فى بطلان المشروط عند انتفاء الشرط امّا نفسه أو لعدم حصول المعلّق عليه كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۳۲

انّه إذا كانا من قبيل الأمرين الوجوديين المنضمين من غير ان يكون بينهما ربط فلا شبهه فى صحه المشروط عند انتفاء الشرط كما إذا التزم عند بيع الدار بخياطه ثوب المشترى من غير أن يرتبط بالالتزام البيعى فإنه ح لا معنى لبطلان المشروط مع عدم وفاء المشروط عليه بشرطه لعدم الارتباط بينهما، بل لانتفاء حقيقه الشرط هنا فإنّه لا يصدق الشرط و المشروط ما لم يكن بينهما ربط و التزام كما فى القاموس و جعل من ذلك الشريط لربطه أحد الشيئين بالاخر، و على هذا فما معنى الكلام المشهور من انّ الالتزام الشرطى فى ضمن الالتزام العقدى و انّه لا يلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط مع انّك عرفت انّه على تقدير يلزم من انتفاء الشرط بطلان العقد و على تقدير آخر فلا.

و الذى ينبغى ان يقال انّ معنى جعل الشرط فى العقود عباره أخرى عن جعل الخيار فيها و صيروره العقد خياريا نظير جعل الخيار فيها ابتداء و ذلك فإنّ البائع مثلا إذا اشترط فى ضمن البيع على المشترى شيئا أو اشترط المشترى عليه شيئا و ليس معنى ذلك هو التعليق ليستلزم انتفاء الشرط البطلان و لا انّهما من قبيل الأمرين المنضم أحدهما بالاخر ليخرج عن معنى الشرطيه بل

معناه ان البائع إنّما باع متاعه و التزم به مطلقا من غير إيقافه على شى ء أخر فأصل الالتزام البيعى غير معلّق على شى ء و غير متوقف على الشرط ليلزم البطلان من جهه التعليق لاستلزام انتفاء المعلق عند انتفاء المعلّق عليه و لكن اشترط على المشترى مثلا كون وقوفه على هذا الالتزام و قيامه عليه متوقفا على الشرط الفلانى على المشترى بحيث لو و فى المشترى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۳۳

بذلك الشرط فللبائع أيضا ان يقف على التزامه البيعى و الا فلا فكما انّ جعل الخيار فيه اى فى الالتزام البيعى صحيح فكذلك جعل الشرط بهذا المعنى و من هنا نقول انّ تخلّف الشرط لا يوجب بطلان العقد و انّما يوجب الخيار لا يجب للمشروط عليه الالتزام بشرطه وجوبا تكليفيا و ليس للمشروط له إجباره على ذلك فانّ التزامه بالشرط لا يزيد عن الوعد فكما انّ الوفاء به ليس واجبا تكليفا بل هو أمر أخلاقى فكذلك الالتزام الشرطى فإنّه لا يجب الوفاء به و على هذا فما ذكره شيخنا الأستاذ من انّ المقام نظير تعذّر الشرط فكما انّه لا يوجب بطلان العقد و هكذا عدم الوفاء بالشرط و كذلك فى المقام إذا أجاز المالك العقد بدون الشرط الذى وقع عليه من الفضولى و ليس نقص فى ذلك المبنى و لكن البنا ليس بصحيح.

و توضيح ذلك انّ العقد تاره يطلق و يراد منه اسم المصدر أى الملتزم به الحاصل من الالتزام و الاعتبار النفسانى و اخرى يطلق على نفس الالتزام العقدى أى المعنى المصدرى.

اما الأول: فهو مطلق و غير مقيّد بشى ء و لا متوقف عليه فإنّه بعد تحقّق ما يؤثر فيه لا معنى لوقوفه على

شی ء بل ان حصل ما یؤثر فیه فیحصل و الا فلا، فلا یعقل توقفه علی شی ء بعد حصوله و الا یلزم من وجوده عدمه.

و اما الثانی: فهو تاره یوجد من المتعاقدین غیر مقیّد بشی ء کما إذا کان العقد غیر خیاری بشرط و غیر مقید بشی ء و اخری یکون مشروطا بشرط کما إذا کان فی العقد شرط و اشتراط ففی هنا و ان قلنا ان الشرط یرجع الی کون الوقوف علی الالتزام البیعی و الثبوت

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۳۴

علیه متوقفا علی الشرط و تحققه أصل الالتزام مقیّد بالشرط فی مقام الإنشاء فإنّ الإهمال فیه لا یعقل بل هو اما مطلق أو مقید فحیث انّه لیس بمطلق لوجود الشرط فیه فیثبت التقیید فالالتزام حین تحققه تحقق مقیدا و علی هذا فلو أجاز المالک ذلک بدون الشرط و مطلقا فیکون ذلک غیر ما وقع فما وقع لم تقع علیه الإجازه و ما وقعت علیه الإجازه غیر ما وقع فیکون العقد فاسدا لعدم وقوع الإجازه علیه.

إذا فما ذکره المصنف صحیح و ان کان ما ذکره شیخنا الأستاذ من حیث المبنی أیضا صحیحا الا انّ ما بنی علیه غیر صحیح لانّ ما نحن فیه لیس من قبیل تعذر الشرط کما عرفت.

و بعباره اخری: انّ الإجازه من حیث نسبه العقد الی المجیز کالقبول فکما انه لو وقع الاختلاف بین الإیجاب و القبول بالإطلاق و التقیید یبطل العقد کما إذا قال البائع بعت الدار بثمن کذا علی ان تخیط لی ثوبا و قال المشتری قبلت بدون ذلک الشرط و هکذا فی الإجازه فإنّ الإجازه و ان کانت بعد تمامیه العقد إیجابا و قبولا و لیست مثل القبول من جمیع

الجهات و الا لكان العقد الفضولى باطلا بالفصل بين العقد و الإجازه و لكن الإجازه مثل القبول من حيث استناد العقد الى نفسه كما انّ القبول يوجب استناد الإيجاب إلى نفسه و الأمر كذلك حتى لو كان المتعاقدان هما الاصيلان فكيف بالفضولى.

و بالجمله العقد الواقع فضوله على وجه خاص لا بدّ و ان تقع عليه الإجازه على ذلك الوجه و الا لحصل التخلّف بين المجاز و العقد فيحكم بالبطلان.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۳۵

لا يتوهّم انّ تقييد العقد على النحو الذى قلتم عين التعليق فيكون باطلا امّا لعدم حصول المعلّق عليه أو لبطلان التعليق فى نفسه.

فإنّه توهّم فاسد إذ معنى التعليق انّ أصل الالتزام العقدى متوقف على الشرط و هو على تقدير حصول الشرط و الا فلا التزام و هذا بخلاف التقييد المذكور فإنّ أصل الالتزام على ما ذكرنا غير متوقف من حيث الوجود على الشرط بحيث يلزم من وجود الشرط وجود- المشروط و من عدمه عدمه كما هو معنى التعليق بل استمرار ذلك الالتزام و الوقوف عليه مقيّد بالشرط و هذا معنى ثبوت الخيار.

لا يقال انّه ایّ فرق بين عدم الوفاء بالشرط الموجب للخيار و بين عدم الإجازه الموجب للبطلان.

قلت: فرق واضح بين الأمرين حيث العقد قد تحقق على الأول و لكن لم يحصل شرط لزومه و الدوام و الثبات عليه و هذا بخلاف الثانى فإنّ المجيز لم يقبل العقد فيكون باطلا نظير عدم قبول القابل بما أنشأه الموجب كما تقدم فافهم و تأمل.

و توضيح المقام انّه هل يعتبر مطابقه الإجازه للعقد أم لا و على تقدير الاعتبار هل يفرق بين ان يكون من المالك الأصيل و بين العكس و بين الصور الأخرى

أم لا؟ و تفصيل ذلك ان الإجازه تاره تكون مطابقه للعقد و هذا لا شبهه فى صحته كما تقدّم تفصيله من الاختلاف فيه بين القول بالكشف أو النقل.

و اخرى تباينه مباينه تامه كما إذا باع الفضولى الدار فأجاز المالك بيع البستان أو باع الفضولى دار الصغير و أجاز المالك دار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۳۶

الكبير و هذا لا شبهه فى بطلانه لأنّ الإجازه لم تقع على الواقع بل الواقع لم يجز و ما أجيز لم يقع فيحكم بالبطلان.

و ثالثه تكون الإجازه مخالفه للعقد الواقع من جهه و موافقه له من جهه أخرى كالاختلاف بالكل و الجزء و العام و الخاص و المطلق و المقيد، اما الأول كما إذا وقع العقد الفضولى على المركب المجموع و الكله بأن باع الفضولى دارين أو فرسين لزيد أو أحدهما لزيد و الآخر لعمرو فأجاز المجيز أحدهما دون الأخر، و اما الثانى كما إذا باع الفضولى دار أحد بشرط و أجاز المالك المجيز بلا شرط سواء كان من المالك الأصيل أو العكس.

أما الأول: فلا شبهه فى صحته غايه الأمر انه يثبت للمشترى خيار تبعّض الصفقه و ذلك لان البيع ح انما يكون منحلا الى بيوع متعدده غايه الأمر يكون كل فيها مشروطا بالاخر فالمجيز بإجازته يقبل الالتزام على النحو الذى وقع و يرد التزامه على التزام البائع طابقا النعل بالنعل و لكن بدون الشرط و الخيار اذن فيصح قبول أحد البيوع فيثبت للمشترى الخيار و هذا واضح.

و اما الثانى: فلا بد فى بيانه من تقديم مقدمه فهى انّه لم نعقل الى الآن معنى للشروط الا جعل الخيار و توضيح ذلك ان الشرط له اطلاقان.

الأول ان يطلق على الملتزم

به اعنى ما تعلق به الالتزام كما هو المعروف كما إذا باع العبد على ان يكون كاتبا فان الكتابه متعلق الالتزام الشرطى و يكون ملتزما به و اخرى يطلق على نفس الالتزام.

اما الأول فلا شبهه فى عدم كون العقد معلقا عليه و مقيدا به بان يقول بعتك العبد على ان يكون كاتبا و الا فلا أبيع بحيث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۳۷

يكون أصل البيع متوقفا على وجود الملتزم به و مع عدمه فلا بيع أصلا فهذا لا شبهه فى بطلانه اما مطلقا كما هو الظاهر لبطلانه فى العقود و اما مع عدم تحقق الملتزم به على تقدير الغض من الأول بل معناه انّ الالتزام الذى ورد على ذلك الملتزم به معلّق عليه بحيث لم يكن كاتبا لا يجب للمشروط له الوقوف على التزامه بل له ان يفسخ و له ان يبقى عليه و ليس هذا الا كون العقد خياريا مثلا لو باع زيد داره من عمرو بشرط ان يخيط عمرو له ثوبا فقبل عمرو ذلك و لكن لم يعمل بالشرط فلا يجب لزيد ان يقف على التزامه لانه كان مقيدا بالخياطه فلم يحصل فيكون له الخيار و هكذا فى جميع الموارد فيكون البيع صحيحا للعمومات.

و اما الثانى فلا شبهه فى كونه قيدا للعقد فإنه لو باع احد داره بشرط كذا أو على ان يكون له الخيار فانّ بيعه هذا و ان لم يكن مقيدا بالملتزم به بحيث يلزم التعليق كما تقدم و لكنه مقيد بالالتزام الشرطى فالبائع من الأول باع بيعا مقيدا و أورد التزامه على البيع الخاص فيكون الموجود من الأول حين وجوده البيع الخيارى دون- البيع الغير الخيارى و ح فلو

قبـل القابل البيع بـدون ذلک الالتزام الشـرطی فلم يقبل ما أنشأه البائع و لـم يرد التزامه علی التزام البائع فيکون باطلا و بالجمله ان الشـروط باعتبار الملتزم به لا تکون مقيـده للبيع مثلا بل البيع بالنسـبه إليها مطلق و انما هی قيـد للالتزام و الثبات علی العقد، و اما باعتبار نفس الالتزام قيد للبيع فيوجب التقييد إذا لو لم يقبل المشتری ما أوجده البائع من العقد المقيّد بالتزام خاص بأیّ نحو کان ذلک الالتزام فيکون باطلا من الأول لأن ما أوجده

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۳۸

البائع لم يقع عليه القبول و ما وقع عليه القبول لم ينشأ فيکون باطلا.

إذا عرفت ذلـک فنقول ان الشـرط تـاره يکون من المالـک الأصـيل بأن باع الفضولی دار زيـد فضوله من عمرو فاشترط عليه ان يخيط ثوب عمرو فأجاز العمر و بـدون ذلک الشـرط و هـذا لا إشـکال فی صـحته لانّ المالک قـد تجاوز عن حقه و أسـقطه من الأصيل و العفو و التجاوز عن الحق لا يوجب البطلان.

و بعبـاره اخری: انّ الالـتزام البيعی و ان کـان مطلقـا و قـد قبله المالک بإجازته علی هـذا النحو و ورد الالتزام من المالک المجيز بإجازته علی التزام الفضولی و لکن أسـقطه بعد قبوله غايه الأمر أن ذلک انی و تقديری لا أنّ الاسقاط قبل القبول أو انّ المالک لم يجز التزامه بل شيئا أخر و الا يلزم المحذور.

و اما إذا کان من الأصـيل علی المالک فأجاز العقد خاليا عن الشرط فتکون الإجازه باطله و ذلک لعدم ورود التزامه علی ما ورد به التزام الفضولی مع الأصيل فانّ التزامهما مقيد و التزام المجيز مطلق فما وقع لم تتعلق به الإجازه و

مـا وقعت به الإجـازه لم يقع فتكون الإجـازه لغوا فلا يكون العقـد مشـمولا للعمومات إلا إذا انضم إليه إجازه أخرى على طبق ما وقع بحيث يكون الالتزامين متواردين على مورد واحد.

كيف فلو لم يطابق الالتزامين فى الاصـيلين بان باع أحدهما متاعا مع شرط و خيار كما هو المرسوم كثيرا خصوصا فى الدّلالين و قبل الأخر بدون ذلك الشـرط فإنه ح لا ينعقد البيع بل يحكم ببطلانه فانّ ما أنشأه البائع غير ما قبله المشترى فالمنشأ لم يقبل و ما قبل لم ينشأ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۳۹

فـإذا لم يتم ذلك فى الاصـيلين فكيف فى الفضولى و لا شـبهه انّ- الإجازه مثل القبول من حيث كونه موجبا لاسـتناد العقـد الى المجيز كما انّ القبول يوجب استناد الإيجاب إلى القابل.

و من هنا ظهر انّ ما جعله شـيخنا الأسـتاذ المقام من صـغريات تعذر الشرط ليس بتمام حيث انّ فى صوره تعذر الشرط سواء كان التعـذر خارجيـا أو عقليـا قـد تـوارد الالـتزامين من البـائع و المشـترى على مورد واحـد و لكن الشـرط قـد تعـذر فهـذا غير ورود الالتزامين بمورد واحـد مثلا لو باع احـد داره و اشترط على المشترى ان يحـج عنه فقـد تعذّر ذلك الشـرط عقلا لكونه مريضا لا يقـدر على المشـى أو هرما أو مات و هكـذا فانّ هذا و نظائره لا يوجب بطلان البيع فإنّ المشترى قد التزم على ما التزم به البائع و لكن قـد أوجب التعذر العقلى عدم وفائه بالشـرط فيكون البائع مخيرا فى الفسخ أو الرضايه حتى يتمكن المشترى من ذلك و اما التعذر الشرعى كالشروط المخالفه للكتاب و السنه فكما إذا باع متاعا و اشترط فى ضمنه ان يعطيه المشترى

مقـدار من الخمر فقبله المشترى و هـذا أيضـا ليس نظير مـا نحن فيه إذا المشترى أيضـا قبـل التزام البائع على النحو الـذى التزم و توارد الالتزامين على مورد واحـد و لكن المنع الشـرعى أوجب التعـذر و المنع فلا اشـكال فيه أيضا من هذه الجهه و اما من جهه كون فساد الشرط موجبا لفساد العقد أو انّه مثل التعذر العقلى يوجب الخيار أولا يوجب شيئا فهو أمر آخر و سيأتى فى محله.

لا يقال ما الفرق بين عـدم مطابقه الإجازه مع العقـد فى بيع المجموع المركب و بين عـدم المطابقه فى صوره الاشتراط فامّا لا بد من

القول ببطلان الإجازه فيهما أو عدمه كذلك فلا وجه للفرق بينهما كما لا يخفى.

أقول الفرق بينهما بـديهى و قـد ظهر ممّا ذكرنا و ملخصه انّ فى صوره اختلاف الإجازه مع العقـد بالجزئيه و الكليه انّ المجيز قد أجاز البيع على النحو الذى وقع و هذا بخلاف صوره الاختلاف بالإطلاق و التقييد بيان ذلك انه إذا باع فرسـين من عمرو فضوله لمالك واحد أو لمالكين ففى الحقيقه انّ هنا بيعان كليهما خيارى فانّ كلا من- الفرسين بيع منضما الى الآخر و بهذا الشرط فإذا أجـاز المجيز أحـدهما دون الأـخر فليس معنـاه انّ المجيز أجـاز البيع الغير الخيارى بل أجاز البيع الخيارى و لـذا لو سـئل لأجاب هكـذا فح يثبت للبائع الخيار و لا يلزم ورود الإجازه بما لم يقع و كون ما وقع خاليا عن الإجازه و هذا معنى خيار تبعض الصـفقه و هذا بخلاف صوره عدم المطابقه فى الشرط فإن الإجازه لم تقع على العقد كما عرفت.

و بعباره اخرى: انّ صوره عدم المطابقه بالجزئيه

و الكليّه نظير وقوع بيعين أو بيوع خيارى فقبل المشترى أحدهما دون الأخر فهل يتوهم احد انّ ذلك موجب لبطلان البيع أو عدم ورود الإيجاب و القبول بمورد واحد و كذلك ما نحن فيه و هذا أمر واضح فى الاصيلين و غيرهما و بذلك يبتنى خيار تبعض الصفقه.

فتحصل عدم بطلان الإجازه فى صوره عدم المطابقه بالجزئيه و الكليه دون عدم المطابقه بالإطلاق و التقييد مع كون الشرط من الأصيل على المالك و من هنا ظهر انّه لا وجه لإدراج صوره عدم- المطابقه بالجزئيه و الكليه تحت العقد فى تعذّر الشرط و جعل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۴۱

الاختلاف بالجزئيه و الكليّه و الإطلاق و التقييد و تعذر الشرط كلها من واد واحد.

ثم لو كان الشرط عند الإجازه و خارجا عن العقد و هذا أيضا تاره يكون من المالك على الأصيل و اخرى من الأصيل على المالك و اما لو كان من المالك على الأصيل بأن باع الفضولى داره من الأصيل خمسين دينارا و اجازه المالك مع اشتراط سكنى سنه فى تلك الدار فذكر المصنف وجوها فى ذلك الأول القول بالصحه و الثانى الصحه لو اجازه الأصيل و الثالث البطلان بمعنى انّ العقد الفضولى لا يمكن الحكم بصحته بهذه الإجازه لأن ما وقع عليه العقد لم يجز و ما أجيز غير الواقع فتكون تلك الإجازه باطله و لا توجب استناد العقد الى المالك بل لا بدّ فى ذلك من اجازه أخرى لتوجب الاستناد و لكن الحق هو الثانى انّه و ان قلنا بعدم لزوم الوفاء بالشرط الابتدائيه اما من جهه الإجمال كما ذكره بعضهم و اما من جهه اقتضاء لفظ الشرط ذلك المعنى لكونه ربطا

بين الشی ء و شی ء أخر فما لم يرتبط أحدهما بالاخر لا يطلق عليه الشرط و من هنا قال فی القاموس ان الشريط يطلق عليه ذلک باعتبار ربطه أحد الشيئين بالاخر و هذا ظاهر نعم هو داخل بالوعد و من قال بوجوب الوفاء بالوعد فله ان يحكم به هنا أيضا و لكن لا دليل عليه و انّما هو خلاف الأخلاق و لكن ما نحن فيه ليس كذلک فإنّه يكون ذلک الشرط بالإجازه شرطا فی ضمن العقد و التزاما فی التزام.

بيان ذلک انّ الإجازه كما تقدم مثل القبول فی استناد العقد الی المالک فلو باع احد متاعه من زيد منجزا و مطلقا من دون اشتراط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۴۲

من الطرفين على الأخر و لكن قبله القابل مع الشرط فتحليله ان الالتزام بالقبول على تقدير تحقق الشرط و حصوله و الا فلا يلتزم- بالإيجاب. و بعباره أخرى: يلتزم بقبول الإيجاب و نسبته الى نفسه على ان يكون له على الموجب ذلک الشرط و الا فلا يلتزم و ح لو لم يرض الموجب بهذا المشروط يبطل الإيجاب و القبول لعدم ورودهما على مورد واحد و عدم ارتباط أحدهما بالاخر فيكونان باطلين و اما إذا رضی الموجب على ذلک فيصح بلا شبهه لعدم القصور من شمول المؤمنون عند شروطهم عليه و انّما الخارج منه بالإجماع أو باقتضاء لفظ الشرط هو الشروط الابتدائيه و اما غيرها فلا.

غايه الأمر لم يكن ذلک الشرط مذكورا عند الإيجاب و موجودا وقته و تأخر الموجب فی ذلک عن القابل و لا دليل لنا على وجوب ذكر الشروط فی الإيجاب بل المناط فی لزومها و عدم شمول دليل وجوب الوفاء عليه و عدمه

و هـذا فی غـایه الوضوح فـأمر الإجـازه أمر القبول کما تقـدم و أما لو کان من الأصـیل علی المالک بأن أجاز المالک مع شـرط للأصیل علی نفسه و هذا لا شبهه فی صحته بالدلاله الالتزامیه الفحوائیه فانّ المالک قد أجاز البیع الذی کان الأصیل ملتزما به مع اضافه شـرط علیه علی نفسه و قد کان الأصـیل ملتزما بالبیع مطلقا و بدون الشـرط فبالأولویه نکشف التزامه بالبیع مع هذا الشـرط الـذی مرجعه الی جعـل الخیـار و قـد تقـدم نظیر ذلک فی روایه البارقی و قلنا انّ رسول اللّه ص و ان کان قـد وکّله بشـراء الشاه بدینارین الا انّه بالأولویه قد وکّله فی شرائها بدینار أیضا فیکون شرائه الشاه بدینار

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۴۳

من جهه التوکیل فتکون الروایه خارجه عن الفضولیه فإن من وکل الغیر شـراء دار بخمسین دینارا فبالأولویه راض بشرائه بعشرین هذا و اغتنم.

قوله: و اما القول فی المجیز فاستقصاؤه یتم ببیان أمور.

اشاره

أقول: الأول ذکر انه یشترط فی المجیز ان یکون حین الإجازه جائز التصـرف فلا تجوز الإجازه ممّن لا یجوز التصرف فی حقه و هـذه قضـیه قیاسـها معهـا فإنک عرفت مرارا انّ الإجازه من الأحکام الشـرعیه الثابته للملاک بالنسـبه إلی أموالهم نظیر جواز البیع غـایه الأمر انّ جواز البیع حکم ابتـدائی و الإجازه أمر متأخر و قـد تحقق جزء موضوعه بفعل الفضولی فکما لا یجوز البیع لمن لا یجوز له التصـرف فکـذلک لا تجوز له الإجازه لکونها بیعا حقیقه فإنّ العقـد قبلها لم یکن مسـتند الی المالک و لم یکن بیعه و حین الإجازه ثار بیعا له کما انّه باع من الأول مباشره و لا یفرق فی ذلک بین القول بالکشف أو النقل فانّ هذا انّما بعد الفراغ

من صحه الإجازه و الفرض انّ الإجازه غير صحيحه و هكذا الأمر فى كل مورد لا تصح الإجازه.

و بعباره اخرى: انّ حكم الإجازه حكم البيع الابتدائى فيشترط فيها ما يشترط فى البيع و على هذا فلو باع الفضولى ما تعلق به حق الغرماء أو المرتهن فاجازه المفلّس أو الراهن بنفسها لا تؤثر فيه بوجه و الأمر الثانى: انهم ذكروا وجود مجيز حال العقد و الا فيبطل العقد الفضولى فصحته مشروطه بذلك الشرط و قد ذكروا فى وجه ذلك وجهين، الأول، ما عن قواعد العلامه من انّ صحه العقد بدونه يمتنع فإذا امتنع فى زمان فيمتنع فى جميع الأزمنه لعدم الفرق فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۴۴

الامتناع بين قله الزمان و كثرته.

الثانى بلزوم الضرر على الأصيل فإنّه لو كان مثل ذلك العقد صحيحا و شمله الإطلاقات فيلزم من ذلك ضرر عظيم على الأصيل مع عدم وجود مجيز عند العقد من شأنه أن يجيز العقد لانّه لا يجوز له التصرف لا فيما انتقل عنه و لا فيما انتقل إليه فأدله نفى الضرر ينفى لزوم ذلك العقد و هذا يتصور على وجوه.

الأول: ان يكون المراد منه وجود ذات المجيز بحيث يكون عند العقد من من شأنه أن يجيز العقد مطلقا سواء كان هنا مانع عقلا أو شرعا أو لم يكن و الا فيبطل و على هذا فلا موقع لذا الشرط فى الأموال حتى عند العامه أيضا إذ ما من مال الأوله من يجوز تصديه بالتصرف بيعا أو غير بيع اما المالك أو الولى أما عندنا فلوجود ولىّ الأمر صاحب العصر عجل اللّه فرجه فإنّه الولى المطلق فأىّ مال لم يكن له مالك يجوز له بيعه و

تصرفه فولیّه هو الامام (ع) و نعم ما ذکر البیضاوی انّ هذا الشرط لا موقع له عند العامّه لقولهم بوجود الامام (ع) فی کل زمان و اما عند العامه فکذلک أیضا لأنهم أیضا قالوا بوجود ولیّ الأمر فی کل زمان غایتهم یخطئون فی تطبیقه علی واقعه فذات المجیز موجود فی کل مال حین وقوع البیع علیه فضولا نعم یصحّ فی النکاح بناء علی عدم ولایه أحد حتی الامام علیه السلام.

الثانی: ان یکون المراد منه وجود المجیز المتمکن عقلا.

الثالث: ان یکون المراد منه وجوده المتمکن منه شرعا.

و بعباره أخری من الأول:

انّ الکلام هنا أی فی شرائط المجیز یقع فی ضمن مسائل.

اشاره

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۴۵

الأولی: انهم ذکروا من شرائط المجیز أن یکون جائز التصرّف حال الإجازه

فلا یجوز لمن لا یجوز له ذلک و قد تقدم هذا.

المسأله الثانیه: ان یکون موجودا حال العقد

اشاره

و قد ذکر العلامه (ره) انّ الممتنع فی زمان ممتنع دائما و أضاف إلیه الشیخ بکونه ضررا علی الأصیل فإنّه لا یجوز له التصرف فیما انتقل الیه لاحتمال عدم الإجازه و لا فیما انتقل عنه لاحتمال کونه ملکا للغیر بالإجازه فلو بقی العقد الفضولی علی النحو الذی وجد لکان ضررا علی الأصیل.

ثمّ انّ هذا الشرط یتصور علی وجوه.

الأول ان یکون المراد من اشتراط وجود مجیز حال العقد وجود ذات المجیز

و من یکون من شأنه إجازه العقد سواء کان متمکنا عقلا أو شرعا أو لم یکن متمکنا منهما، و هذا الشرط انّما یتم علی غیر

مـذهب الإماميه و اما على مذهبهم القائلين بوجود الإمام فى كل زمان فلا يتم كما ذكره البيضاوى إذ لم يوجد عقد فى العالم الا و له مجيز و من شـأنه ذلـك لكون الامام (ع) عنـدنا ولىّ الأمر من جميع الجهات فيكون هـذا الاشتراط لغوا محضا نعم عنـد غير الإماميه يمكن ذلك و كذلك- عندهم إذ لم نقل بكونه وليّا فى جميع الأمور حتى النكاح مثلا

الثانى– ان يكون المراد منه كونه متمكنا من الإجازه عقلا

بـان لاـ يكون مـانع عقلى من ذلـك حـال العقـد كـالنوم و الغياب و نحو ذلك ممّا يوجب عـدم الوصول اليه حين العقـد فإنه ح يحكم بفسـاد العقـد و هـذا الوجه أيضـا لاحق بالأول فلا فائـده فى البحث عنهما فإنّه يظهر حكمهما من الشق الثالث فبعـد الغائه فيكونان لغوا بالأولويه مضافا الى ورود

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۴۶

الروايات فى صـحه نكاح الصـغيرين مع عـدم التمكن من الإجازه الفعليه عنـد العقـد و كذلك صـحيحه محمد بن قيس و روايه البارقى فهذا ان الوجهان ليسا بمهمّ و العمده هو الوجه الثالث.

الثالث: ان يكون المراد من ذلك التمكن الشرعى

بان لا يكون مانع شـرعى من الإجازه حال العقد فلو باع الفضولى مال اليتيم من غير غبطه و مصـلحه فيه مع حضور الولى ثم صار ذلـك البيع ذا مصـلحه كمـا إذا بـاع داره بخمسـين مع كون قيمتهـا مـائه و لكن صار وقت الإجازه ذا مصـلحه لكونها فى شـرف الخراب فلا يصـح ذلك على هذا الشـرط فانّ ذات المجيز و ان كان موجودا حال العقد و له تمكّن عقلى أيضا من الإجازه عنده الا انّ أجازته ذلك العقد لم ينفذ بل تكون باطله و لو لم يكن يجيز حال العقد فإنه منهى عن التصرف فى ماله الا بوجه حسن و هـذه الإجـازه تصـرف و بيع بلا وجه حسن فتكون باطله و يكون العقـد باطلا و لكن الظاهر عـدم اعتبار ذلك و يظهر منه بطلان الوجهين الأولين و يظهر حكمه من عكس المسـأله كمـا إذا فرضـنا انّ الفضولى باع مال اليتيم مع مصـلحه فيه فإذا أراد الولى ان يجيز ذلك صار البيع غير مصلحه فى حق اليتيم و وصل اليه الخبر بترقى المال على أضعاف مقابل ما

باعه الفضولی فلا شبهه فی عدم صحه إجازته و نفوذه و کون البیع باطلا فانّ البیع و ان کان ذا مصلحه حال العقد و لکن لیس فیه مصلحه حال الإجازه و المناط وجودها عندها لانّ زمان الإجازه کان زمان البیع حقیقه و نقطه شمول أَوْفُوا بِالْعُقُودِ علیه فحیث انّه فی هذا الزمان غیر مصلحه فی حق الیتیم فیکون باطلا و السر فی ذلک هو ما تقدم انّ حکم الإجازه حکم البیع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۴۷

الابتدائی فکما لا یصح بیع مال الیتیم بلا مصلحه ابتداء فکذلک لا یصح اجازه بیعه لکون العقد بالإجازه مستندا إلی الولی.

و بعباره أخری: قد نهینا عن التقرب بمال الیتیم بغیر وجه حسن و اجازه الولی بیع مال الیتیم فضوله عند عدم الصلاح فیه حال الإجازه و لو کان فیه مصلحه حال العقد تقرب بغیر وجه أحسن فلا تکون نافذه إذ المناط فی کون البیع ذا مصلحه حال الإجازه.

و من هنا یظهر حکم ما نحن فیه إذا البیع و لو کان خالیا عن المصلحه عند العقد و لکن حالها عند الإجازه فکما یصح البیع الابتدائی عند وجود المصلحه فیه فکذلک تصح الإجازه للبیع الفضولی فإن زمان الإجازه هو زمان تحقق البیع حقیقه و زمان شمول العمومات إذا- فاشتراط کون المجیز متمکنا من الإجازه حال العقد شرعا لا موقع له بل المناط التمکن حال الإجازه و من هنا لو کان فاقدا للتمکن الشرعی حال العقد و صار واجدا له حال الإجازه فتصح أجازته و من هنا اتضح حکم القسمین الأولین بالأولویه و کذلک اتضح انه لا یفرق هنا بین القول بالکشف و النقل کما تقدم و اما ما ذکره العلامه

(ره) من انّ الممتنع فی زمان ممتنع دائما ففيه ان كان المراد من ذلک الامتناع الذاتی فالكبری أمر مسلم كالاجتماع الضدين و النقيضين و الدور و التسلسل التی مرجع كلّها الی اجتماع النقيضين و من هنا يسمّی مبدء المبادی فإنّ أمثال ذلک انّ الشی ء إذا امتنع فی زمان فيكون ممتنعا دائما لأنه لا يحتمل انّ اجتماع النقيضين يكون محالا فی زمان و غير مستحيل فی زمان أخر بل هو محال بذاته و لكن الصغری ليس بمسلم إذ الامتناع فی أمثال المقام ليس امتناعا ذاتيا فان كون الصحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۴۸

عقد الفضولی ممتنعا ليس بذاته بل هو بالغير و من جهه عدم العلّه و المصلحه و ان كان المراد من الامتناع هو الامتناع الغيری فهو مسلّم صغری إذ عدم صحه عقد الفضولی حال العقد انما هو لأجل عدم المصلحه فيه عنده و لكن الكبری ليس بمسلم لان الممتنع بالغير فی زمان لا- يكون ممتنعا دائما فيجوز ان يكون ممتنعا فی زمان لأجل عدم علته و ممكنا فی زمان أخر بل واجبا لوجود علته و من هنا قال الشيخ الرئيس أنّ الممكن من ناحيه علته أ ليس و من عدم علته ليس و- بالجمله الامتناع الغيری تابع لعدم علته فكما كانت معدومه فينعدم و إذا وجدت العله يخرج المعلول من الامتناع فضلا عن ان يكون ممتنعا دائما و هذا واضح جدا فلا ندری ما ذا أراد العلامه من كلامه هذا و هو بعيد بمقاله و اما ما ذكر المصنف من كون عدم الاشتراط ضررا علی الأصيل لكونه ممنوعا من التصرف فی ما انتقل عنه لاحتمال الإجازه و كونه مال الغير فيكون التصرف حراما

و لا فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الإجازه و كونه أيضا تصرفا فى مال الغير فيكون حراما.

و فيه أولا-انّ الضرر إنما ينشأ من اللزوم اى من لزوم العقد و قد أثبتنا عدم لزومه من الأول و انما يكون لازما بالإجازه فإذا لم يتحمل الأصيل بالضرر فله الفسخ و يجوز له التصرف بدون الفسخ مستندا إلى أصاله عدم الإجازه فلم يشمل عليه من حين العقد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ حتى يمنع من التصرفات.

و ثانيا تقدم من المصنف انّه لا يجوز للأصيل أن يتصرّف فيما انتقل اليه و لا فيما انتقل عنه الى زمان الإجازه لعدم العلم بالإجازه و عدمها فإذا ننقض ما ذكره هنا بما تقدم بأنه لو تضرر الأصيل إلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۴۹

زمان الإجازه فى غير المقام فبأىّ وجه أجبتم هناك فمثله يجيب هنا أيضا من القول بجواز الفسخ أو انّه أقدم بنفسه على ذلك فليس الفسخ أو غير ذلك و بالجمله ليس للمقام خصوصيه ليوجب إنكار صحه الفضولى عند عدم وجود مجيز حال العقد و لا ينكر صحه أصل الفضولى و قد تقدم عدم تماميه الاستدلال بأدله نفى الضرر هنا فراجع.

قوله الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد.

اشاره

أقول: و هذه المسأله الثالثه تتصور على ثلثه أنحاء الأول ان يكون عدم جواز التصرف من ناحيه عدم المقتضى كما إذا باع الفضولى متاعا لزيد من عمرو فلم يكن ذلك المتاع حال العقد موجودا عند عمرو و انما ملكه بين العقد و الإجازه باع شيئا لنفسه و كان لغيره ثم ملك بنفسه الثانى ان يكون عدم جواز تصرّف المجيز حال العقد من جهه فقدان شرطه كما إذا باع الفضولى مال اليتيم أو السفيه أو المحجور لفلس ثم صاروا واجدين للشرائط

فإنّ عدم كون المجيز ممن يجوز له التصرّف حال العقد من جهه عدم تحقق شرط التصرف و الا فالمقتضى لذلك موجود و هو كونه مالكا حال العقد.

الثالث ان يكون ذلک من جهه وجود المانع

بان كان المقتضى و الشرط كلاهما موجودين و لكن يقترنان بمانع يوجب عزل المقتضى و الشرط عن التأثير و هذا كما إذا باع الفضولى مال الراهن فضولا ـ فانّ الراهن مالك حقيقه و شرائط التصرف موجود فيه و لكن اقترن ذلك بمانع أوجب منعه عن التأثير و عن جواز التصرف.

فهل يحكم فى هذه الصوره ببطلان البيع الفضولى أو بالصحه فللمجتران يجيز العقد بعد تجدد المقتض و احتوائه الشرائط و ارتفاع

الموانع أو يفصّل بينها فيحكم بالصحه فى بعضها و بالبطلان فى بعضها الأخر وجوه.

اما الصوره الأولى فالبحث فيها من جهات ثلث الاولى ان لا يكون المجيز جائز التصرف حال العقد واقعا الثانى ان لا يكون المجيز جائز التصرف ظاهرا بان تم موضوع الحكم الظاهرى فى حقه و حكم بعدم جواز التصرف فيه.

الثالث ان يعتقد عدم جواز التصرف فقط تخيّلا و توهّما من غير ان يكون كك واقعا أو يتم فى حقه الحكم الظاهرى فى مرحله الشك فالجامع فى الجميع هو عدم كون العقد صادرا عن المالك الفعلى مع العلم به فهذه الصوره بعينها هى مسأله من باع شيئا ثم ملك فهى مسأله معروفه و سيأتى الكلام فيها و اما الصوره الثانيه فالظاهر انّه لا شبهه فى صحه العقد و عدم اشتراطها بكون المجيز جائز التصرف حال العقد بل يكفى فى صحته كونه جائز التصرف حال الإجازه و ذلك لان العقد انما انعقد بجميع شروطه و قيوده و تحقق حاويا لها من القصد و

غیره فی صحیفه الوجود خلا استناده الی من له العقد و لا بدّ و ان یستند الیه و إذا کان المجیز حین أجازته قابلا لذلک و صح ان یستند الیه ذلک العقد فما المانع من شمول العمومات علیه و الحکم بصحته فذلک حین انعقاده و ان کان غیر واجد لمجیز یجوز تصرفه الا غیر شرط فی صحته بل یکفینا الشک فی ذلک فندفعه بالعمومات فلذلک العقد صحه تأهلیّه فنحکم بالصحه کما هو واضح و الذی یوضح ذلک انه لو عقد صبی أو سفیه عقدا بناء علی عدم کونهما مسلوب العباره فأجازه الولی أو أجازا بعد ارتفاع الیتم و السفه-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۵۱

و صیروره الصبی بالغا و السفیه رشیدا فهل یتوهّم احد بطلان ذلک العقد فمقامنا هذا من هذا القبیل.

نعم فی المجنون إذا عقد بسفه ثم أفاق و أجاز العقد لا وجه من الحکم بالصحه بعدم تمشی القصد منه علی العقد فیکون باطلا من هذه الجهه و بالجمله سواء کان المتصدی بالعقد هو السفیه و الصبی بنفسهما بان باعا مالهما مباشره أم کان المتصدی لذلک شخص فضوله ثم أجازا فلا شبهه فی صحه ذلک البیع و لا یضر عدم کون المجیز حین الإجازه جائز التصرف بل یکفی کونهما واجدین للشرط حین الإجازه و ذلک لانّ العقد تمام من جمیع الجهات الا من جهه الاستناد الی من له الاستناد فقد استند الیه عند الإجازه من غیر ان یکون عنه مانع بوجه.

اما الصوره الثالثه فهی اقتران بالمانع کما إذا باع الراهن أو المرتهن أو الفضولی مال الرهانه ثم أجاز الراهن بعد فک الرهن و جواز تصرفه فیه حیث انّ الرّاهن لم یکن جائز التصرف حال

العقد و انما صار كك حين الإجازه فهل يصح هذا العقد أم لا أو يفصل الظاهر انّه لا مانع من الحكم بصحه العقد هنا أيضا لما تقدّم ان للعقد تمام التأثير من سائر الجهات بأجمعها الا من جهه الاستناد فيكون مستندا الى من له العقد بإجازته إذا كانت حين كون الرّاهن جائز التصرف خصوصا إذا كان البائع هو المرتهن فانّ تصديه بالبيع كاشف عن عدم كون حقه مانعا عنه فيكون كسائر البيوع الفضوليه و بالجمله قد عرفت مرارا ان حكم الإجازه حكم البيع الابتدائى فكما انّ المناط فى تماميته صحه البيع من جميع الجهات فى البيع الابتدائى هو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۵۲

زمان العقد فككك فى البيع الفضولى هو زمان الإجازه فى الشروط التى ترجع الى المالك دون العاقد و قد فصل بين بيع المرتهن الرهن فحكم بصحته و بين بيع الراهن ذلك فحكم بفساده و حاصل الفارق انّ بيع المرتهن الرهن ليس الا كبيع الفضولى فهو تمام من جميع الجهات فيحكم بصحته بمقتضى العمومات بإجازه الراهن و هذا بخلاف الراهن فإنه و ان كان مالكا و لكن الشارع قد منع عن جواز بيعه العين المرهونه لتعلق حق الغير بها و الغى بذلك استناد المبيع اليه فيكون بيعه هذا غير مستند اليه و ان كان تمام من سائر الجهات فالبيع الغير المستند الى شخص باطل لكونه مراعى و معلقا من دون ان ينضم الى شخص فهذا ليس مثل بيع الصغير و السفيه و البيع الفضولى فإنّ البيع فى لجميع يستند الى المالك بالإجازه بعد البلوغ و الرشد فى الأولين و الإجازه فى الثالث لوالى من له العقد أعنى الولى فيتم العقد من جميع

الجهات و لم يلغ الشارع الاستناد بالكليه فى أمثال تلك المذكورات و هذا بخلاف الراهن فإنه الغى استناده اليه و هو نظير تزويج الرجل بنت الأخ أو الأخت على العمه و الخاله حيث انّ الشارع الغى استناد ذلك العقد الى الزوج من دون إذن العمه و الخاله فيكون فاسدا و بالجمله كان أساس المنع ان العقد الذى وقع له ينتسب الى المالك لإلغاء الشارع استناده اليه مع تعلّق الغير بالعين و الفرض انه لم يقع هنا عقد أخر بعد انفكاك الرهن ليستند الى المالك فيكون باطلا و لا توجب انفكاك الرهن صحته و لا انّ أجازته توجب الصحه لو كان العقد الواقع عليه فضوله فلا يكون ذلك العقد مشمولا للعمومات و فيه الظاهر انّه لا فرق فى الحكم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۵۳

بالصحه و الاستناد بين بيع الراهن و المرتهن و غير البيوع الفضوليه و كلها قابله الاستناد الى المجيز و لها صحه تأهليه.

و ذلك فانّ اجازه المرتهن و العمه و الخاله و ان كانت دخيله فى صحه العقد و لكن توجب ذلك سقوط العقد عن الصحه التأهليه و عن قابليه الاستناد الى من له العقد بعد تماميّه سائر الشرائط و اجازه من لإجازته دخل فى صحه العقد فإنه لا نر مانعا عن شمول أدله صحه العقود على ذلك بوجه غايه الأمر لا بد من ملاحظه ما يدل على دخاله إجازه الغير فى صحه العقد فبذلك المقدار نرفع اليد عن اللزوم و انما نحكم به بعد اجازه الغير و اما المقدار الزائد فلا و ليس فى الأدله الداله على دخاله إجازه الغير ما يدل على بطلان العقد بالكليه بدون اجازه المرتهن أو العمه

و الخاله كما لا يخفى.

فيكون ذلک تخصيصا لأدله اللزوم من الأول نظير تخصيصها بالأدله الداله على ثبوت خيار المجلس من زمان العقد و ليس ذلک تخصيصا فى الافراد حتى يتوهم عدم إمكان التمسک بالعمومات فى مقام الشک بل تخصيص باعتبار الحالات فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن.

و يؤيد ذلک الأخبار الوارده فى نكاح الصغيرين حيث انّ- الصغيرين ليسا ممن يستند إليهما العقد عنده.

و ككک يدل على ذلک الأدله الوارده فى صحه نكاح العبد بدون اذن المولى حيث علل بأنه لم يعص اللّه و انما عصى سيده ففى المقام أيضا انّ الراهن فى بيعه هذا لم يعص اللّه و انما عصى المرتهن فيكون عقده و بيعه صحيحا و يتم من جميع الجهات باجازه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۵۴

المرتهن فهذا لا شبهه فيه بوجه من الوجوه كما هو واضح لا يخفى.

و يؤيد ذلک بيع الصرف و السلم حيث انّ العقد حين وقوعه لم ينتسب الى من له البيع الى زمان القبض لاشتراطه به و انما ينتسب بعد تحقق شرطه و هو القبض و يكون مشمولا لاوفوا بالعقود و مقامنا ككک فانّ العقد الصادر من الراهن لم يكن مستندا الى الراهن حين الصدور من جهه المانع و كان باطلا بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و لكن بعد ارتفاع المانع يكون منتسبا الى المالک و مشمولا للعمومات كما هو واضح و بعباره اخرى: انّ المقام من صغريات دوران الأمر بين التخصيص و التقييد و قد تحقق فى محلّه انّ التقيد مقدّم على التخصيص لكونه قدرا متيقنا مثلا إذا ورد أكرم العلماء و علمنا بخروج زيد العالم عنه فى اليوم الأول يقينا و لكن نشک فى خروجه إلى الأبد أو

فى اليوم الأول فحينئذ يدور الأمر بين تقييد العام باليوم الأول و الالتزام به من جهه طروّ حاله موجبه للتقييد و بين تخصيصه و إخراج الخاص من تحته إلى الأبد فيؤخذ القدر المتيقن لانّه المتيقن الخروج و تمسّك بالعام فى الأزمنه الأخرى و مقامنا كذلك حيث ورد التقيد قطعا للعمومات ببيع الراهن حين تعلّق حق الرهانه بالعين الموهونه و خرج بيعه هذا عن تحت العمومات نظير خيار المجلس و لكن نشك انّ هذا الخروج باعتبار تلك الحاله فقط اعنى حاله تعلق حق- المرتهن عليها ليكون الإخراج تقييدا أو أبدى ليكون الخروج تخصيصا فحيث انّ القدر المتيقن هو الأول فالمقدار الزائد منه مشكوك فنلتزم بالتقييد فنتمسك بالعمومات فى المقدار الزائد و هذا واضح جدا.

و قد بقى هنا أمران الأول انّه بعد الالتزام بصحه بيع الراهن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۵۵

و عدم منع تعلّق حق المرتهن بالعين عن نفوذه و شمول العمومات عليه بعد ارتفاع حقه و انفكاك الرهن فهل لإجازه المرتهن دخاله فى صحه ذلك البيع الذى كان المالك غير جائز التصرف حين العقد و كان البيع واقعا فضوله أو أصاله من الراهن بعد فكّ الرهن باعتبار دخالتها قبل الفك و حين صدور العقد أم لا الظاهر عدم دخاله رضاه فى صحه ذلك العقد فانّ عقد الراهن كان تمام الجهات و واجدا للشروط من سائر الجهات بأجمعها الا من جهه الاستناد الى المالك لمنع تعلّق حق الغير بالعين عن ذلك الاستناد و بعد زواله فيكون العقد تماما من جهه الاستناد أيضا فيشمله العمومات و بعد ذلك تعليق صحته إلى شى ء أخر خلف الفرض و تحصيل للحاصل و إذا- شككنا فى دخالته فى صحه العقد

فنـدفعه بالعمومات. الأمر الثانى و هو المهم انّه هل هـذا كسائر البيوع الفضوليه فى جريان نزاع الكشف و النقل فيه أو انّ له امتياز عنهـا قولاـن و الحق امتيازه عنها لانّ الظاهر انّه لا ملازمه بين القول بالكشف هناك و بين القول بالكشف هنا بل نلتزم هنا بالنقل بالمعنى الذى تعرفه مع التزامنا بالكشف هنا تبعا للمحقق الثانى و من تبعه فإنه (ره) مع إسراره على الكشف فى البيع الفضولى لم يلتزم به هنا فإذا باع الراهن العين المرهونه فلا تكون الملكيه حاصـله من حين العقـد و هكـذا لو باع ذلك الفضولى و بيان ذلك انّ أسـاس قولنـا بـالكشف فى هنـاك هو انّ العقـد كـان واقعـا على ما هو عليه من احتوائه جميع الشـرائط إلا جهه الانتساب فإذا انتسب إليه بالإجازه فيتم من جميع الجهات فتشمل عليه العمومات حين الإجازه و تثبت صحه العقد و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۵۶

ترتب الأـثر عليه من الأـول لجواز تعلّق الإجـازه بالأـمر المتقـدم كجواز تعلقهـا بالأـمر الحـالى و الأـمر المتأخر لكونها من الأمور التعلقيه كما عرفت و هذا بخلاف ما نحن فيه فانّ عدم تماميه العقد على العين المرهونه حين العقد لم يكن مستندا إلى جهه عدم الانتساب الى المالك بل كان مسـتندا الى المالك لو كان الراهن هو البائع و على تقـدير كونه الفضولى فيكون ناقصا من جهتين الاولى عدم انتسابه الى المالك و الثانيه جهه تعلق حق الغير به و عدم كون المجيز جائز التصرف حين العقد بل كان فاقدا لشرط أخر و هو خلّوه عن رضائه من رضايته شرط فى صحه العقد و هو حق المرتهن و لذا لو كان البائع هو الراهن أو

غير الراهن فضوله و أجاز الراهن قبل أداء الدين و فك الرهن لا يكون العقد أيضا مشمولا للعمومات لاقترانه بالمانع و هو حق المرتهن و على هذا فلو باع الفضولى العين المرهونه أو الراهن فى يوم السبت و انفك الرهن يوم الأحد و أجاز الراهن يوم الاثنين فلا يكون فاقدا من حين العقد لعدم انحصار المانع بعدم الاستناد فيما إذا كان البائع هو الفضولى و عدم وجدانه تمام الشرائط لو كان هو الراهن و فقدان رضائه المالك بل يكون نافذا من حين الفكّ فانّ ذلك الزمان زمان انحصار المانع بفقدان الاستناد فإذا رضى المالك بالعقد فيكون نافذا من زمان الفك و انحصار المانع بعدم رضائه المالك.

و بعباره اخرى: انّ رضائه المجيز المالك تصلح العقد من جهه الموانع التى ترجع اليه و من ناحيته دون الموانع التى من ناحيه الغير فانّ الناس مسلطون على أموالهم و شئونهم و حقوقهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۵۷

فليس لأحد التصرف فيما يكون موردا لسلطنه الغير و يكون ذلك موجبا لازاله حقه فلا بدّ هنا من القول بالنقل بهذا المعنى و هو فى الحقيقه متوسط بين الكشف و النقل المتقدمين و هذا نظير بيع الصرف فإنّه لو باع احد مقدارا من الذهب فضوله ثم حصل القبض بعد ساعتين و أجاز المالك ذلك البيع بعد أربعه ساعات فهل يكشف ذلك الإجازه من حصول النقل من زمان العقد مع انّ شرطه و هو القبض غير حاصل بل أجازته هذه تكشف عن حصول النقل و الانتقال من زمان القبض فانّ المانع عن النقل و الانتقال الى زمان القبض لم يكن مستندا الى عدم رضائه المالك فقط بل كان بعد القبض أيضا موجبا

لعـدم حصول النقل و الانتقال و من هنا كان الأمر ككك لو كان المتصـدى بالبيع هما الاصـيلان فهل يزيـد بيع الفضولى على بيع الاصيلين فليس ككك فافهم.

و بـالجمله لاـ نعقـل وجها للقول بالكشف من حين العقـد فى بيع الفضولى العين المرهونه كما لا يمكن ان يتفوه بـذلك فى بيع الصرف أيضا.

هذا كلّه فيما إذا كان عدم جواز التصرف مستندا الى فقدان الشرط أو وجود المانع

و اما المسأله الأخرى فهى ما كان ذلک مستندا الى عدم المقتضى

اشاره

فقد عرفت انّ هذه المسأله منحله إلى ثلث- مسائل.

الاولى ان يبيع شـخص ما لا لنفسه مع العلم بعدم ملكه له حال العقد واقعا ثم ملكه اما بالاختيار كالبيع و نحوه أو بالنواقل القهريه كالإرث فهل يمكن الحكم بصحه ذلک بحسب القواعد أم لا و قد نسب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۵۸

المصنف القول بالجواز الى الشيخ الطوسى فى مسأله بيع المالک العين الزكوى بعد تمام النصاب و قبل إخراج الزكاه حيث التزم الشـيخ الطوسـى بصحه البيع و يلزم للمالک أداء الزكاه من ماله مع انّ هذه المسأله من صغريات ما نحن فيه اعنى بيع شى ء ليس للبائع مالكيه لها ثم ملكه فانّ حق الفقراء قد تعلّق بالمال و كانوا شـركاء معهم بأىّ نحو كانت الشـركه سواء كان بعنوان الشـركه الحقيقيه أو من باب الكلّى فى المعين.

و فيه: انّ الظاهر انّ الشيخ لم يفت فى هذه المسأله بالجواز من جهه القواعد بل لورود النص الصحيح عليه و قد ذكر الشيخ النص فى كتاب الزكاه و هى صـحيحه عبد الرحمن البصرى قلت للصادق (ع) رجل لم يزك إبله و شانه عامين فباعها على من أشتريها أن يزكها لما مضى قال نعم تؤخذ زكوتها و يتبع البائع أو يؤدى زكوتها البائع

و العجب من المحقق كيف رضـی القول بالإشكال على الشيخ مع ورد النص عليه و غفل عن النص كما انّ العجب من المصنف حيث احتمـل أنّه الا ـ ان يكون مراد الشـيخ من الحكم بصـحه البيع جعـل المقـام مثـل بيع العين التی تعلق بها حق الـديان أو حق المرتهن و لم يحتمل كون الشـيخ مسـتندا إلى الروايه و اذن لا وجه للاستشهاد بمثل تلك الفتاوی بالمقام لكونها منصوصه بل لا بد من التكلم فيها بحسب ما تقتضيه القواعد.

و الحاصل انّ الكلام فی عدم كون المجيز جائز التصرف حال العقد من جهه المقتضی يقع فی ضمن مسائل.

الاولی ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع أم لا

اشاره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۵۹

كمـا إذا بـاع الابـن مـال أبيه ثم ملكه بـالقهر كالإرث أو بالبيع و على تقـدير الصـحه نتكلم فی انّه محتاج إلى الإجازه أم لا و قد ذكرنـا انّه لا ـ ملازمه بين هـذه المسـأله و بين مسـأله بيع العين الزكوی كما ذكرها المصـنف فی المتن فإنّ أصل مسأله بيع العين الزكوی و ان كانت من صـغريات هذه المسأله بناء على تعلّق الزكاه بالعين و كون الفقراء شركاء مع المالك سواء كانت الشركه على نحو الإشـاعه أو على نحو الكلی فی المعيّن و لكن المسـأله منصوصه فجواز بيعهـا لا يرتبط بجواز بيع مال الغير لنفسه فإنّه و رد النص على ما فی حاشـيه السيّد انه لو باع المالك العين الزكوی فيكون البيع صـحيحا فتكون الزكاه على البائع بأن يؤديها من مـاله أو تتبع المال فيؤدّيها المشتری فهـذا أمر آخر لا ربط له بما نحن فيه من الكبری الكليه فإرجاع الشـيخ المسأله الى مثل تعلق حق المرتهن بالعين المرهونه فقـد عرفت جوابه فلا بـدّ من صـرف عنان الكلام الى التكلم بحسب القواعد و قبل تحقيق المقام لا بد و ان يعلم انّ مقتضی العمومات و

الإطلاقات صحه تلك المعامله فلا بدّ من الحكم بالفساد من دليل خاص ليوجب تقييدها أو تخصيصها إذا عرفت ذلك.

اعلم انّ المسأله ذات قولين قول بالصحه كما عليه المصنف و جمع كثير غيره و قول بعدم الصحه و عليه جماعه أخرى منهم المحقق النحرير الشيخ اسد اللّه التسترى

و قد استدل على البطلان بوجوه قد أشار إليها المصنف و الى جوابها.

الأول الإشكال المتقدم فى بيع الغاصب و هو منحل الى وجوه ثلثه

اشاره

و قد ذكر المصنف انّه لا يجرى بعضها فى المقام.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۶۰

الأول عدم تمشى القصد من الغاصب إلى حقيقه المعاوضه

فيكون باطله و قد أجاب عنه شيخنا الأستاذ بوجه لا يكون ذلك جوابا عما نحن فيه و لكن على ما أجبنا عنه به فيكون جوابا عنه هنا أيضا و اما ما ذكره شيخنا الأستاذ فى تصحيح بيع الغاصب الذى لا يجرى هنا فتوضيح ذلك على ما تقدم من شيخنا الأستاذ انّ من باع شيئا بما انّه مالك تاره يكون مالكا حقيقيا كما إذا كان مالكا للمبيع.

و اخرى يكون مالكا ادعائيا نظير الحقيقه الادعائيه فى المجاز على ما سلك به السكاكى طريق المجاز كما إذا غصب مال الغير فباعه لنفسه فإنّه ليس بمالك حقيقه و لكن لأجل سرقته الإضافه الماليه و نسبتها الى نفسه قد راى نفسه مالكا للعين و باع بادعاء انّه مالك و تخيّل وجود إضافه مالكيّه بين المال و بين نفسه كما يتخيّل كون المنيه سبعا و يثبت له لوازم السبعيه من الأظفار و هذا الوجه لا- يجرى فى المقام فإنّ البائع لا يدّعى كون المال له ليتحقق له ملكا هنا ملكيه ادعائيه بل هو بعد على إقراره بأنّ المال للغير و انّما باع هو مال الغير لنفسه فيكون ذلك الوجه غير جار فى المقام و من هنا ذكر شيخنا الأستاذ انّ البائع لم يسرق الإضافه و لم يغصب المال فكيف يقصد المبادله بين الثمن الذى يقصد تملّكه و المثمن الذى هو ملك لغيره مع أنها تقتضى دخول الثمن فى ملك من خرج عنه المثمن و لكن قد تقدم انّ الوجه فى صحه بيع الغاصب غير ما ذكره شيخنا الأستاذ.

و حاصله انّ حقيقه البيع كما مرّ مرارا

ليست إلا عباره فى المبادله بين المالين بحيث يدخل العوض المكان الذى خرج عنه المعوّض و ككك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۶۱

العكس و خصوصيه قصد المالك ليست دخيله فى صحه البيع بوجه و انّما هو أمر زائد عن حقيقه البيع اذن لو باع مال لنفسه فقصد تلك الخصوصيه فهو أمر موافق للواقع و أمر زائد عن حقيقه البيع لا يضرّ و لا ينفع و إذا باع مال غيره لنفسه فحقيقه البيع لا يضرّ و لا ينفع و إذا باع مال غيره لنفسه فحقيقه البيع التى عباره عن المبادله بين المالين قد تحققت لعدم تقدّم حقيقه المبادله و المعامله بخصوصيه المالك و انّما حقيقتها متقوّمه بتبديل المالين كما عرفت و هى انما تحصل بالمبادله فى ملك المالك الواقعى ليكون التبديل فى الإضافه و هذا المعنى قد تحقق هنا غايه الأمر انّ خصوصيه كون البيع لنفس البائع مع عدم كونه مالكا أمر زائد عن حقيقه البيع فقصد الأمر الزائد عن حقيقه البيع الذى لا يوافق الواقع لا يوجب بطلان البيع و لا يضر بصحته و وجه صحه بيع الغاصب على هذا التقريب يجرى هنا أيضا لكونه بيعا حقيقه و مشمولا للعمومات فانّ ما اعتبر الرضايه فى البيع ليس إلا آيه التجاره و قوله (ع) لا- يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فلا شبهه انّ الشخص إذا باع مال غيره ثم ملكه يصدق عليه انّه تجاره عن تراض و طيب نفس و لعل مراد المصنف من

قوله ربّما لا يجرى بعض الوجوه هنا

هو هذا الوجه.

و اما ما ذكره شيخنا الأستاذ فشى ء لا يمكن تصديقه إذ الغاصب لا يسرق الإضافه و انّما يغصب المال و اما

الإضافه فأمر اعتباری یعتبره لنفسه فمجرّد ادعائه المالکیّه لا یوجب انقلاب الواقع عمّا هو علیه بناء علی دخاله تعیّن المالک و قصده فی حقیقه البیع.

الثانی انّ الغاصب انّما قصد کون البیع لنفسه و عامل علی ذلک القصد

فلا شبهه انّ البیع انّما یقع للمالک إذا أجاز دون الغاصب

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۶۲

فیلزم ح کون ما تعلّق به الإجازه غیر ما وقع فلا یکون صحیحا إذا- الواقع غیر مجاز و المجاز غیر واقع.

و هذا الوجه من وجوه بطلان بیع الغاصب یجری هنا أیضا إذ البائع لمال الغیر لنفسه انّما باعه لنفسه و بقصد کونه له و اجازه المالک انّما هی بعنوان کونه له دون العاقد فیلزم ان یکون الواقع غیر مجاز و المجاز غیر واقع و لیس ما اجازه المالک منشأ حتی یکون موردا للإجازه.

الوجه الثالث: انّ الاخبار تدل علی انّ بیع ما لا یملک حین العقد غیر جائز

اشاره

و قد تقدمت الإشاره إلیها و الی توجیهها و سیأتی الکلام فیها تفصیلا.

و الحاصل ان من جمله الإشکالات التی أشکل به التستری علی صحه بیع مال الغیر لنفسه ما اشکلوا به فی بیع الغاصب من عدم تحقق قصد البائع إلی حقیقه المعاوضه و المبایعه فإن حقیقتها مبادله مال بمال بحیث یدخل العوض من کیس من خرج المعوّض منه لتحقق المبادله بین المالین فی جهه الإضافه.

أقول: و قبل الدخول بتوضیح ذلک لا بد و ان یعلم ان مقتضی العمومات و الإطلاقات صحه بیع مال الغیر لنفسه ثم یملکه لصدق البیع علیه فی العرف حقیقه فیکون مشمولا للعمومات و الإطلاقات فإن ثبت من العقل و النقل دلیل خاص یوجب تخصیصها أو تقییدها فنأخذ به و نقیّد بذلک أو نخصّص الإطلاق و العمومات و الا فنحکم بصحه المعامله و هکذا الأمر فی جمیع الموارد إذا عرفت ذلک فنقول انّه و ان أجبنا عن ذلک الإشکال أمس بما لا یضرّ ببیع الغاصب و لا ببیع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۶۳

البائع مال الغیر لنفسه و لکن نقول فی

اليوم ان بيع مال الغير لنفسه

و لكن نقول فى اليوم انّ بيع مال الغير لنفسه يتصوّر على قسمين.

الأول ان يكون غرض البائع من ذلك بيع مال الغير فعلا ليشترى منه بعد ذلك

أو يتملك بغير الشرى بحيث يعلم قطعا انّه يتملك.

و بعباره أخرى يكون الإنشاء فعليّا و المنشأ استقباليّا بحيث ينشأ فعلا ملكيّه مال الغير لزيد ليدخل الثمن فى مقابله فى كيسه و لكن ملكيّه متأخره نظير بيع مال نفسه بعد خمسه أيام و هذا لا شبهه فى صدق حقيقه المبايعه عليه و تحقق القصد من البائع الى ذلك و كونه مشمولا للعمومات و الإطلاقات بحيث ليس فيه محذور من هذه الجهه التى نحن بصددها بل لا- يتوقف على الإجازه أصلا لكونه خارجا عن البيع الفضولى و انّما باع مال نفسه.

نعم نتوقف فيه من جهه التعليق المجمع على بطلانه فى العقود فإنّ الإنشاء هنا و ان كان حاليّا و لكن المنشأ عباره عن ملكيه مال زيد للمشترى بعد خمسه أيام نظير باب الوصيه و ليس هذا التعليق مثل قول البائع ان كان هذا لى فبعت عند الشك فى كونه له أو لغيره أو قال بعتك هذا ان قبلته فإنّ أمثال هذه التعليقات التى هى راجعه إلى التعليق فى أركان العقد المكنونه فى العقد حقيقه سواء صرّح به أم لا لا يضرّ بالصحه لكونها ممّا لا بدّ منه و خارجا فى معقد الإجماع القطعى الذى ادعوه فى المقام.

اللهم الا-ان يقال ان بطلان التعليق انّما هو بالإجماع كما سمعت و هو دليل لبّى فلا بدّ من أخذ المتيقن من ذلك فهو فيما إذا كان البائع باع مال نفسه فلو علّقه على شى ء فحكم ببطلانه-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۶۴

للتعليق للإجماع على بطلانه و اما فيما كان التعليق فى بيع مال غيره فلا يقين لنا لكونه داخلا فى معقد الإجماع.

الثانى من صورتى بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون الإنشاء و المنشأ كليهما فعليين

من دون ان يكون فى البين تعليق بان

يكون المنشأ الملكيّه بعد خمسه أيام بل ينشأ ملكيّه مال زيد لعمرو فى مقابل خمسه دنانير ليدخل الثمن فى كيسه و يخرج المثمن من كيس زيد من غير ان يكون غرضه إنشاء الملكيه المتأخره ليتملك بعد ذلك و يعطيه للمشترى و ان كان غرض التسترى (ره) هذا الوجه الظاهر انّه لا مدفع له لانتفاع حقيقه المبايعه فإنّ حقيقتها المبادله بين المالين و ذلك لا يتحقق الا بكون العوض داخلاـ على كيس من خرج المعوّض من ذلك و من هنا قلنا سابقا انّ حقيقه البيع عباره عن المبادله بين المالين فى جهه الإضافه و بان يعقد العوض مكان المعوّض و المعوّض مكان العوض و الا فليس المراد من التبديل التبديل المكانى و على هذا فيتوجه اشكال عدم تحقق القصد إلى حقيقه المبايعه و المبادله و ما قلنا أمس من عدم دخاله خصوصيه المالك فى حقيقه البيع لكونها أمرا زائدا عنها و ان كان صحيحا و لكن المقام ليس كك لما عرفت من عدم كون ذلك مربوطا بتلك الخصوصيه بل راجعا الى هدم حقيقه البيع فإنّه انّما لا يضرّ عدم التوجه الى الخصوصيّات المالكيه إذا كانت حقيقه البيع متحققه و انّما كان الاشتباه فى خصوصيه المالك انّه هو أو غيره كما إذا باع مال غيره اشتباها أو بتخيّل انّه له فانّ القصد فى أمثال ذلك انّما تعلّق بالمبادله بين المالين بحيث يكون العوض داخلا مكان المعوّض و بالعكس غايه الأمر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۶۵

انّ الخطاء وقع فى تطبيق المالك على غير المالك.

نعم هذا يجرى فى بيع الغاصب حيث انّه نزّل نفسه ادعاء منزله المالك و جعل نفسه من مصاديق ذلك فإنّ المبادله انّما وقع

بين المـالين بحيث يكون العوض داخلاـ فى ملـك طبيعى المالـك و بـالعكس و الخصوصـيات الشخصـيه المـالكيّه خـارجه عن حقيقه المبادله و إذا باع شـخص مال غيره كما فى الغاصب بـدعوى انّه هو المالك نظير دعوى الحقيقه الادعائيه فى المجاز على ما سـلكه السـكاكى فقد حصلت المبادله بين المالين حقيقه و اما إذا لم يكن كذلك و لا ان يكون البيع مستندا الى الاشتباه و لا الى التخيّل بـل مع العلم بـانّ المـال مال الغير يبيع ذلك ليكون المعوّض خارجا من كيس مالكه و يـدخل العوض داخلا بكيس نفسه البائع دون المالك فقد عرفت فى تعريف البيع انّه خارج عن حقيقه المبايعه و المبادله و بالجمله ان الخصوصـيّات المالكيه لا تضرّ بحقيقه المعامله إذا لم توجب التزلزل فى حقيقه المبادله و الا فلا بدّ من اعتبارها على النحو الذى عرفت.

لا يقال انّ من باع مال غيره لنفسه و ان لم يدعى كون نفسه مالكا تنزيليّا و من مصاديق طبيعى المالك الا باعتبار كونه مالكا بعد مده اما بالقهر أو بالاختيار يكون مالكا بالفعل و حين العقد أيضا بالمجاز المشارفه.

فـإنّه يقـال انّ المجـاز المشـارفه لا يوجب تحقق البيع حقيقه و انّما يوجب كونه مالكا مجازا و ما صـدر منه بيعا مجازا و لا يقاس ذلك- بالادعائى فإنّه يوجب تحقق البيع حقيقه.

الإشكال الثانى على بطلان بيع مال الغير لنفسه

انّه لا بدّ و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۶۶

ان يكون بيع الفضولى واجـد الجميع الشـرائط و حاويـا لها غير جهه رضائه المالك فإذا رضـى المالك فيتم من جميع الجهات و يسـتند البيع اليه و يكون مشـمولا للعمومات و مقامنا هذا ليس ككك إذ البائع مال الغير لنفسه مع عدم وجدان بيعه رضائه المالك ليس

قادرا على تسليم المبيع حين العقد مع انّه لا بدّ من اعتباره حين العقد بمقتضى الأدله و قد أجاب عنه المصنف بما حاصله انّ كلامنا فى المقام فى البيع الفضولى و انّ رضائه المتأخره هل توجب صحه ذلک البيع أم لا فقد عرفت كفايتها فيها فانّ ما يدل على اعتبار رضائه المالک ليس إلا آيه التجاره و التوقيع الشريف الدال على حرمه التصرف فى مال الغير الا بطيب النفس و لا شبهه انّ البيع الفضولى بعد رضائه المالک تجاره عن تراض و أكل مال الغير بطيب نفسه و ليس مثل بيع مال الغير عدوانا و غصبا أو نحو ذلک لئلا يصدق عليه التجاره عن تراض.

و اما كون ذلک البيع فاقد لشرط آخر بحيث يكون البطلان مستندا الى فقدان ذلک الشرط فغير مربوط بأمر البيع الفضولى.

و فى مقامنا هذا انّ هذا البيع باطل من جهه عدم قدره البائع على التسليم لأنّا لا نضائق من اعتباره حال العقد لأجل الدليل الدال على اعتباره اذن فيكون البيع هنا باطلا لذلک لان من هو بايع ليس بقادر على التسليم حال العقد و ان كان قادرا حين الإجازه و ما هو قادر على التسليم اعنى المالک ليس ببائع فتفسد المعامله.

أقول اما التزامه بكفايه رضائه المالک عند الإجازه و كون البيع الفضولى بالإجازه تجاره عن تراض و أكلا لمال الغير بطيب النّفس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۶۷

فمما لا شبهه فيه لعدم الدليل فى صدق التجاره عن تراض أزيد من استناد البيع الى المالک فهو حاصل بالإجازه.

و اما اعتباره القدره على التسليم حال العقد فتاره نقول باعتبار نفس التسليم الخارجى و اخرى بالقدره عليه اما الأول فلا دليل على اعتباره

فى صحه العقد قطعا غايه الأمر مع عدم التسليم الخارجى يثبت للمشترى أو البائع مع عدم تسليم الثمن خيار تخلف الشرط- الضمنى لالتزام كل من البائع و المشترى ضمنا على التسليم كما لا يخفى و اما اعتبار القدره على التسليم فليس عليه دليل إلا أحد الوجهين على سبيل منع الخلوّ فشى ء منهما لا يدل على مقصد المصنف أحدهما كون ذلك البيع الذى لا يقدر المالك على تسليم المبيع حال العقد خطريّا و غرريّا و قد نهى النبى ص عن بيع الغرر فيكون باطلا لذلك.

و فيه انّ الخطر و الخديعه الذى هو معنى الغرر انّما يتوجه عند الإجازه استناد البيع الى المالك الذى هو البائع حقيقه فإنّ وقت الإجازه وقت تحقق البيع و حصول حقيقته و ترتّب آثاره و اما قبل ذلك فالفضولى ليس الا عاقدا فلم يتحقق البيع حقيقه ليترتب عليه آثاره فهل يتوهم احد ترتب أحكام البيع و آثاره على العاقد فالفضولى من هذه الجهه و لا يفرق فى ذلك كونه مالكا حال العقد أيضا أم لا بل يكون مالكا بعد العقد كما باع الابن مال أبيه فمات و انتقل اليه أو مال غيره فاشتراه بعد ذلك كالعاقد و ان كان فعله منشأ للأثر من جهات اخرى كما تقدم.

اذن فلا يكون ذلك دليلا على اعتبار القدره على التسليم حال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۶۸

العقد بل على اعتباره حال الإجازه فقط فهو مسلم فلا يكون بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه باطلا من جهه عدم القدره على التسليم أيضا فلا يكون ذلك مانعا من شمول العمومات و الإطلاقات على ذلك و بعباره اخرى: انّ الدليل انّما دلّ على اعتبار القدره على التسليم للبائع

بأن يكون هو قادرا على تسليم ما باعه و عنوان البائعيه انّما تحقق عند الإجازه فيكون المالك بإجازته بائعا لأنّ الفضولى المنشأ للعقد ليس ببائع حقيقه فيكون اعتبار القدره على التسليم من حين الإجازه للمالك لا قبله فيكون المناط قدره المالك حال الإجازه على التسليم سواء كان مالكا حين العقد أيضا أم لا. الثانى قيام الإجماع على القدره على التسليم فى البيع فلو خلا عن ذلك فيكون باطلا ففى المقام انّ البائع ليس بقادر عليه حال العقد.

و فيه على تقدير قبول الإجماع فهو دليل لبّى فالمتيقن منه صوره كون البائع بائعا لمال نفسه فإنّه ح نعتبر القدره على التسليم حال العقد.

و اما فى بيع مال الغير لنفسه فنشك فى دخول ذلك فى معقد الإجماع فيكون خارجا عنه لعدم الإطلاق للأدله البينه ليشمل الموارد المشكوكه أيضا.

و اما اعتبار التسليم الخارجى فهو غير معتبر فى صحه البيع قطعا لعدم الدليل عليه بوجه و من هنا لو باع ماله من شخص و لم يسلم ذلك قهرا عليه فلا يوجب ذلك بطلان المعامله كما تقدم نظير ذلك فى بيع السلاح لأعداء الدين نعم يثبت للمشترى خيار الفسخ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۶۹

من جهه المخالفه بالشرط الضمنى حيث انّ البائع يستلزم و يشترط فى ضمنى العقد ان يسلم المبيع إلى المشترى و الا فله ان يفسخ المعامله لأجل مخالفه هذا الشرط.

الاشكال الثالث من إشكالات التسترى

انّه على القول بالكشف و كون الإجازه كاشفه عن الملكيّه السابقه كما هو الحق و أغمضنا النظر عن الإشكالين الأولين من منع تحقق حقيقه البيع أو بطلانه من جهه عدم القدره على التسليم انّه يلزم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه فانّ الفرض انّه باع

مال غيره لنفسه و لم يملك بعد و قد ملك المشترى عليه على الفرض كما هو مقتضى القول بالكشف فح يلزم المحذور.

و قد أجاب شيخنا الأنصارى عن هذا الاشكال.

بما حاصله انّ دليل الكشف انّما يدلّ عليه فى مورد يكون قابلا لذلك لا فى مورد غير قابل لذلك فإذا باع شخص مال غيره لنفسه ثم ملكه أو باع مال غيره لغيره فضولا ثم ملك الغير ذلك المال فأجاز البيع فيكون حصول الملكيه على الكشف من زمان التملك فان هذا الزمان زمان قابليه تحقق الكشف و يكون مبدء الكشف من زمان اشتراء البائع أو من له البيع الفضولى إلى زمان الإجازه فيما احتاج إليها و اما قبله فليس المورد قابلا لحصول الملكيه حتى يستشكل فى ذلك و فى نحو حصولها.

و بعباره اخرى: انّ كشف الإجازه عن الملكيه إنّما يترتب على وجود الملكيه بحيث انّ الملكيه بمنزله الموضوع للكشف و الكشف عنها بمنزله الحكم المترتب على الملكيه و إذا لم يكن من له البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۷۰

مالكا فيكون المورد غير قابل للكشف عن حصول النقل من زمان العقد بالإجازه بل من نقطه من الزمان الذى يكون قابلا للكشف و قبل تلك النقطه ليس المورد قابلا- لذلك فان من له البيع ليس له مال حتى ينتقل إلى المشترى و يتصور الكشف و على هذا فيكون المال خارجا من ملك البائع بعد دخوله فى ملكه لا قبل دخوله فيه.

و على هذا لا مانع من شمول العمومات لما نحن فيه فيكون المقتضى للصحه موجودا و ليس عن شمولها مانع عقلى أو شرعى ليكون موجبا لرفع اليد عنها.

و بالجمله من حين وجود القابليه ان يخرج المال من ملك

البائع فلا نتصور مانعا بوجه عن شمول العمومات على ذلک.

ثم قال

لاـ يقاس المقام بما تقـدم فی الکشف و النقل انّه لو خصّ المالک علی الکشف الإجازه بزمان متأخّر عن العقـد حيث قلنا بعـدم صحه ذلـک و وجه عـدم القيـاس انّ القابليّه للکشف هنا کموجود من الأول فتکون العمومات شامله عليه من حين العقـد بخلافه هنـا فـانّ العمومات کما عرفت شامله عليه من زمان تکون القابليه لا قبله فيکون الإجازه فی الأول بعـد العقـد مع کون القابليه من حين العقد قادحه فی صحه العقد و غير موافقه للواقع.

و قـد أشـکل عليه شـيخنا الأسـتاذ بأنّه بناء علی جواز رد المالک عقد الفضولی و إسـقاطه عن قابليه لحوق الإجازه به و بناء علی کون الرد متحققا بالفعل و القول معا کما بينا علی ذلک فيما تقـدم فيکون بيع المالک ذلک المال الذی باعه الفضولی ردّا عمليّا کالفسخ العملی فی باب الخيار و کالرجوع العملی فی باب الطلاق اذن فلا يبق

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۷۱

مجال لإجازه من له العقد ذلک العقد الفضولی لسقوطه عن قابليه لحوق الإجازه عليه.

و فيه بناء علی قبول جواز ردّ المالک العقد الفضولی بمعنی إسقاطه عن قابليه لحوق الإجازه بها و انّ ذلک أمر ثابت للمالک اما بالإجماع أو بدليل السـلطنه لکون ذلک أيضا حقا ثابتا له فی ماله و من شـئون سـلطنته و يرد عليه أوّلا انّ مقتضی الناس مسلطون علی أموالهم کونهم مسـلطين علی أموال نفسـهم لا علی أموال غيرهم إذا بيع المالک ماله أوجب سـقوط قابليه العقد عن لحوق الإجازه به فی ملک نفسه لا فی ملک غيره فإنّه بعد البيع صار ملکا للغير فله ان يجيز العقد

المتعلق بذلك المال نظير موت المالك و انتقاله إلى الورثه فكما للورثه ذلك فكك للمالك الثانى ذلك و السر فى جميع ذلك هو انّ خصوصيه المالك غير دخيله فى صحه البيع بل هو مبادله مال مالك طبيعى مع مال مالك طبيعى آخر.

و ثانيا انّ الدليل أخصّ من المدعى فانّ هذا انّما يتم فيما إذا انتقل المال من المالك الى من له العقد بالنواقل الاختياريه كالبيع و الهبه و نحوهما و اما لو كان بالنواقل القهريه كالإرث و نحوه فلا عمل هنا ليكون ذلك ردّا للبيع الأول كما هو واضح و من عجائب شيخنا الأستاذ حيث التزم انّ تبدل المالكين هنا كقيام الوارث مقام المورّث فيكون الكشف هنا من الأول و من زمان العقد فإنّه بأى وجه يمكن الالتزام بانّ الوارث قائم مقام المورّث فيكون إجازته كاشفه عن الملكيه من أول الأمر و زمان العقد ليكون تبدل المالكين أيضا من هذا القبيل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۷۲

و اما ما افاده شيخنا الأنصارى من انّ الكشف من زمان القبول و هو أوّل حدوث الملكيه لمن له العقد و فيه انّه على هذا يلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع حيث انّ المنشأ هو الملكيه من زمان العقد و الذى وقع هو هذا و الإجازه تعلّقت على الملكيه من زمان متأخر عن العقد فيكون المجاز غير الواقع الذى لم يقع عليه العقد إذا فلا مقتضى لصحه العقد لانّه ليس هنا عقد لتشمله العمومات و بعباره اخرى: انّ العقد الفضولى بمنزله الإيجاب و الإجازه بمنزله القبول فيما هو واقع هنا فإيجاب ليس له قبول و ما تعلق به الإجازه فقبول ليس له إيجاب فلا عقد

هنا ليكون مشمولا للعمومات.

الاشكال الرابع: انّ العقد الأول الذى أوقعه البائع الفضولى و باع مال غيره لنفسه انّما يتوقف على صحه البيع الثانى.

أعنى اشتراء البائع الأول المبيع الـذى باعه من المشترى فضوله من مالكه الأصـلى لأنّه مع عـدم صـحه ذلك البيع الثانى لا يصـح بيعه الأول أيضا فإنّ البائع لم يبيع مال نفسه حتى يصـح بيعه بل انّما باع مال غيره فبيعه انّما يكون صـحيحا لو اشترى ذلك المال ثم يعطيه للمشترى الأـول فيلزم من عـدم صـحه البيع الثـانى عـدم صـحه البيع الأـول أيضا و صـحه العقـد الثانى يتوقف على بقاء الملك على ملك مالكه الأول و الا فلا يجوز بيعه على فرض خروجه عن ملكه و على هـذا فعلى القول بالكشف من حين العقد يلزم اجتماع مالكين فى ملك واحـد فانّ مقتضـى صـحه البيع الأول كون الملك للمشترى من زمان العقـد الـذى يكشف بإجازه من له العقد أو بدون الإجازه بل بالاشتراء فقط فيما كان البائع بائعا لنفسه و صحه البيع الثانى كونه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۷۳

للأصيل إلى زمان البيع.

فاجتمـاع المـالين فى ملك واحـد محال للتضاد على انّ صـحه البيع الأول متوقفه على تملّك البائع المبيع فهو متوقف على ملك البـائع الثـانى ليبيعه منه مع انّه لو صـحّ الأـول يلزم منه عـدم الثانى فإنّه مع صـحه الأول يكون المبيع مالا للمشترى من زمان العقد على الكشف فلاـ يبقى مجال للبيع الثـانى و ملكيّه الأصـيل و إذا لم يبق مجال للثانى فينعـدم صـحه البيع الأول و ملكيه المشترى الأـول أيضـا لأـن الفرض انّه كـان متوقفا على الثانى فيلزم من وجود البيع الثانى عـدم الأول فيلزم من وجود الأول عـدمه و كك الثانى فيلزم من وجوده عدمه فى آن فهو محال.

و قد دفعه المصنف بمثل ما أجاب به فى الاشكال الثالث

من انّ الكشف من زمان القابليه لا من زمان العقد و لكن بناء على صحه جواب المصنف فهو انّما يوجب دفع الاشكال من جهه اختصاصه بالمقام لكن لا يـد دفعه فى جميع موارد الفضولى على الكشف و فى المقام من زمان القابليه كما أشار إليه التسترى (بان قلت) فان هذا الاشكال مشترك الورود فى جميع موارد الكشف حتى من المورد القابل فى المقام فإنّ صحه البيع الفضولى على الكشف يقتضى حصول الملكيه للمشترى من زمان العقد أو من زمان قابل للكشف فهو متوقف على اجازه المالك و الا فلا يصح و صحه اجازه المالك متوقفه على كونه مالكا و الا فتكون إجازته كإجازه الأجانب فيلزم اجتماع المالكين فى ملك واحد و من وجود ملك المشترى الأصيل عدمه و من وجود ملك المالك عدمه فإنّ مالكيه المشترى يقتضى صحه اجازه المالك و صحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۷۴

اجازه المالك تقتضى عدم ملكيّه المشترى فملكيّه المشترى تقتضى عدمه و كك صحه الإجازه تقتضى وجود ملكيّه المشترى الأول فهو يقتضى عدم صحه الإجازه فصحّه الإجازه تقتضى عدم صحتها فلا بدّ امّا من القول ببطلان البيع الفضولى بالكليّه أو بطلان القول بالكشف.

و قد أجاب عن ذلك الإشكال التسترى بالالتزام بالملك الصورى بدعوى انّه يكفى فى الإجازه ملك المالك ظاهرا و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لأنّها الحقيقه رفع اليد و إسقاط للحق و لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى لكونه بيعا و هو يقتضى الملكيه الحقيقيه فلا يمكن ذلك بالاستصحاب.

و أجاب المصنف عن هذا الجواب بوجوبه كلّها صحيحه.

الأول انّ الاستصحاب انّما يثبت الملك الظاهرى للمالك الظاهرى فتنفذ أجازته ما لم ينكشف الحال و بعد انكشاف

الواقع و علم انّه ليس بمالك فلا تكون أجازته نافذه بل لا بدّ فى صحتها من كونها صادره من المالك الواقعى كالبيع فإنّهما من آثار المالك الواقعى دون المالك الظاهرى و من هنا لو تبيّن فى مقام أخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته لأنّ المالكيه من الشرائط الواقعيه دون العلميّه.

الثانى انّه لا وجه للفرق بين صورتى الإجازه و العقد بان يلتزم بكفايه الملك الصورى فى الأول و بعدم كفايته فى الثانى بل هما من واد واحد فلا يترتبان الا على الملك الواقعى و المالك الواقعى كما عرفت و لا ينقضى تعجبى منه فى وجه الفرق فإنه كيف حكم بأنّ الإجازه إسقاط للحق و رفع اليد عنه مع انّه لا يعقل رفع اليد عنه الا مع ثبوت الحق فيما لم يثبت الحق كيف يمكن رفع اليد عنه ثم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۷۵

قال شيخنا الأنصارى

و التحقيق انّ الاشكال ناشئ من القول بالكاشفيه على مسلك المشهور من القول بكون الإجازه شرطا متأخرا يؤثر فى سببيه العقد المتقدم و اما على القول بالكشف الحكمى فينزل بالإجازه غير المالك منزله المالك فى زمان العقد و هذا لا ينافى مع كون الملك باقيا تحت ملك مالكه الأول حقيقه.

و هكذا الكلام فى الكشف بالمعنى الذى ذكرناه فإنه عليه ينكشف بالإجازه كون المشترى مالكا حقيقه من حين العقد و لكن من زمان الإجازه بحيث يحكم بترتب آثار الملك عليه حين الإجازه من زمان العقد فهو نتيجه الكشف الحكمى و الظاهر من كلامه هذا انّه التزم بالإشكال على الكشف الحقيقى و كك الظاهر من شيخنا الأستاذ انه أيضا التزم بالإشكال و لذا سلك مسلكا آخر و قال انّ اجتماع

المالکین فی ملک واحد انّما یستحیل فی الملکیه العرضیه لا فی الملکیه الطولیه فقد ورد نظیره فی الشریعه کمالکیه العبد فإنّها فی طول مالکیه المولی فانّ المولی مالک له و لما فی یده و فی طول ذلک فهو مالک لما فی تحت یده و فی المقام انّ مالکیّه المشتری فی طول مالکیه المالک فإذا أجاز المالک البیع فیکون مالکیه المشتری فی طول ذلک فلا محذور فیه.

و فیه: انّ الطولیه فی الملکیّه انّما تکون متصوّره إذا کان الثانی من شئون الأول و من فروعه و الا فلا نعقل لذلک معنی صحیحا و نظیر ذلک ما ورد فی الشرع من المثال المتقدم من ملکیه العبد فانّ ملکیته من شئون ملکیه المولی فعلی القول بکون العبد مالکا فیکون ذلک فی طول مالکیه المولی له و لما فی یده و من

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۷۶

شئون ذلک کونه مالکا لما فی یده و کک نظیره فی الملکیّه التکوینیه نظیر مالکیه الخالق جمیع الموجودات و من شئون ذلک مالکیه العباد أموالهم بالملکیه الاعتباریه و من هذا القبیل مالکیه القائم مقام و سلطنته للبلد و مالکیه المتصرف لها و لغیرها فإنّ الأول فی طول الثانی و هکذا ما فوق المتصرف الی ان یصل الی الملک فإنه سلطان جمیعهم و فی جمیع ذلک المالکیه الواقعه فی طول المالکیه الاولی لیس الا من شئون الاولی لا انّها ملکیّتان مستقلتان و مالکیتهما مالکیه مستقله.

و هذا بخلاف المقام فإنّ مالکیه المشتری و ان کانت فی طول مالکیه المجیز الا انّ ذلک طولیّه العلیّه و المعلول و ان ملکیه-المشتری معلوله لملکیه المجیز و الا لم تحدث الإجازه ملکیه للمشتری مثلا بل تکون کإجازه

سائر الأجانب أجنبيه عن العقد و ليس ملكيه المشترى من شئون ملكيه المجيز بنحو بل كل منهما ملكيه مستقله فمقتضى ذلك كون اثر كل منهما مترتبا عليها و إذا مات كل منهما ينتقل ملكيته الى الوارث و لكلّ منهما التصرف فى ذلك المال كيف يشاء و هكذا و هكذا فيعود الإشكال الى حاله على النحو الذى عرفت و من العجائب ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من قيام الورثه مكان المورّث و وجه العجب انّه و ان كان فرض ذلك ممكنا و غير محتاج إلى مئونه بحيث تكون بذلك الفرض اجازه الورثه إجازه للبيع من حين العقد و لكنه لا دليل عليه و انّما الدليل على انّ ما تركه الميّت فلو إرثه و الذى ينبغى ان يقال انّ المجيز مالك فى حال الإجازه لو لا أجازته بمعنى انّ اجازه كل احد لا تكون مؤثره فى العقد الفضولى حتى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۷۷

الأجانب بل انّما تكون المؤثر فيه اجازه المالك أى الذى لو لم يجز كان مالكا فهو مالك لولائى فى حال الإجازه لا انّه مالك حقيقه ليلزم المحذور فشرط المجيز ليس ان يكون عند أجازته مالكا حقيقه بل على تقدير عدم الإجازه فالى زمان الإجازه هو مالك حقيقه فبالإجازه- نكشف عن حصول الملكيه من زمان العقد حقيقه.

و بعباره أخرى: تاره نتكلم فى مقام الإثبات و وجود المقتضى و الدليل على ذلك فقد تقدم انّه لا دليل على الكشف بمعنى المشهور و اخرى نتكلم فى إمكان ذلك و فى مقام الثبوت فتصويره على النحو الذى ذكرنا بمكان من الإمكان كما هو واضح فلو ورد الدليل على ذلك لا وجه لحمله على الاستحاله و الرّد

من هذه الجهه بل نأخذه و نبنى عليه لتماميته ثبوتا و إثباتا.

الاشكال الخامس: انّه إذا كانت الإجازه المتأخره كاشفه عن صحه العقد الأوّل فيكون المال ملكا للمشترى الأوّل

فح إذا وقع عليه العقد الثانى فيكون واقعا على ملك المشترى فيكون فضوليّا فيتوقف على أجازته كما لو ورد على المبيع بيوع متعدده فأجاز المالك البيع الأوّل فإنّ صحه البيوع المتأخره تتوقف على إجازه المشترى الأوّل و على هذا فيلزم توقّف صحه إجازه المجيز على إجازه المشترى للبيع الثانى فإنّه ما لم يجز المشترى البيع الثانى لا يتحقق موضوع لإجازه المجيز فانّ الفرض ان المبيع ملك للمشترى و صحه إجازه المشترى متوقفه على اجازه المجيز لأصل البيع فإنّه بدون ذلك لا- تحصل الملكيه للمشترى أصلا اذن فيلزم توقف اجازه كل من الشخصين على الأخرى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۷۸

و أيضا يلزم ان تتوقّف صحه العقد الثانى و اجازه العقد الأوّل على إجازه المشترى الأصيل كما هو واضح و هذا من الأعاجيب فإنّ ذلك يستلزم عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثمن و تملك المشترى الأول المبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان و دون تمامه ان زاد الأول و مع زياده ان نقص لانكشاف وقوعه فالثمن له و قد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن مثلا و توضيح ذلك اما العقد الأول فتوقفه على إجازه المشترى بالواسطه فإنّه يتوقف على إجازه البائع المتوقفه على البيع الثانى المتوقف على إجازه المشترى و هكذا يلزم عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثمن امّا الثمن فلانّ المبيع ملك للمشترى فالبائع الفضولى يشترى منه حقيقه فلا بدّ من ان يسلّمه إلى المشترى و اما المثمن فلانّه بالبيع الأول تملّكه المشترى و هكذا يلزم تملك المشترى المبيع بلا ثمن لو اتحد الثمنان

كما لو باعه الفضولى بعشره ثم اشتراه بهذا المقدار من الأصيل فيجب عليه ردّه الى المشترى و يلزم تملكه لمقدار من المبيع مجانا لو زاد ثمن الأول كما لو اشتراه بعشره و اشتراه البائع من الأصيل بخمسه و يلزم تملكه تمام المبيع مجانا مع الزياده لو نقص ثمن الأوّل كما لو اشتراه بخمسه و اشترى البائع من الأصيل بعشره ثم ان تلك الوجوه مذكوره فى الإيضاح و جامع المقاصد.

الاشكال السادس: انّ بيع الأصيل ما له من البائع الفضولى رد عملى لبطلان البيع الأول

فيكون باطلا غير قابل للإجازه.

و فيه قد تقدم انّه على تقدير كون الرد موجبا لإسقاط العقد فى القابليه فهو امّا بدليل السلطنه و فيه انّه يقتضى إسقاط العقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۷۹

الأول عن القابليّه فيكون موجبا لإسقاطه عن القابليّه فى ماله ما دام ماله فإذا كان مالا لشخص آخر فهو ليس مسلطا عليه و امّا بالإجماع فالمتيقن منه انّ المالك له حق الرّد من ماله لا من مال شخص أخر فالمبيع و ان تعلّق به ذلك العقد و ردّه مالكه و لكن بعد ما خرج فى ملكه فلا نعلم تأثير رده عن البيع حتى إذا كان مال شخص أخر أيضا فلا ندرى كون ذلك داخلا فى معقد الإجماع على تقدير تحققه.

الاشكال السابع: على بطلان بيع مال الغير لنفسه الأخبار الداله على عدم جواز بيع ما ليس عندک.

فهى على ثلثه طوائف الأولى ما دلّ على ذلك مطلقا فى الأعيان الشخصيه و البيع الكلّى فتكون ظاهره فى بطلان بيع ما ليس عنده مطلقا كقوله (ع) لا تبع ما ليس عندك و أمثال ذلك.

الثانيه ما يكون ظاهرا فى حرمه بيع الأعيان الشخصيه التى ليست عنده كروايتى ابنى الحجاج فى بيع الدابه فإنها ظاهره بل صريحه فى بطلان البيع الشخصى الذى ليس عنده و هذا يظهر من روايتين آخرتين اللّتين تدلان على عدم جواز بيع المتاع الذى ليس عنده فانّ الظاهر من قول السائل اشتر لى متاعا ليس معناه المتاع الكلّى الشامل لكل شى ء لأنه لا يكون محطّ نظر بل المتاع الشخصى فيكون قوله (ع) بعدم الجواز إذا باع ذلك المتاع عليه قبل الشرى ظاهرا فى بطلان المعامله على العين الخارجيه التى ليست عنده.

الثالثه ما يكون ظاهرا فى البيع الكلّى مثل ما دلّ على عدم جواز بيع الحرير قبل الشرى فانّ

الظاهر من الحرير هو الكلى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۸۰

اما الطائفه الثالثه فلا بدّ من رفع اليد عنها اما بحملها على الكراهه أو على التقيّه إذ لا شبهه فى جواز البيع الكلى فى الذمّه عندنا على ما نطقت به الروايات و من هنا نقض الامام (ع) على- العامه القائلين بعدم جواز بيع الكلّى للأخبار الداله على عدم جواز بيع ما ليس عندك ببيع السلم لكونه أيضا بيعا كليّا فلا بدّ من حمل ذلك على التقيه لقولهم بذلك أو على الكراهه و اما المطلقات فلا بدّ أيضا من تقييدها ان قيل بكونها مطلقه أو بتخصيصها ان قلنا بكونها عامه بما يدلّ على جواز البيع الكلّى فى الذمّه و عدم كونه من بيع ما ليس عنده فتخصّص تلك المطلقات أو العمومات بالأعيان الشخصيه اذن فيقع الكلام فى بيع الأعيان الشخصيه التى ليست عند المالك فنقول بناء على دلاله النهى فى المعاملات على الفساد و كونها إرشاده إلى بطلانها فهل تلك المطلقات أو العمومات بعد التقييد أو التخصيص مع تلك الأخبار الخاصه أى الطائفه الثانيه تدل على بطلان بيع ما ليس عنده من الأعيان الشخصيه أم لا ليكون ما نحن فيه معلوما من ذلك لكونه من صغرياته.

و من هنا يعلم انّ حمل تلك الأخبار بأجمعها على التقيه أو الكراهه لا وجه له و قد ناقش فيها المصنف بدعوى انها لا تنفى الصحه الفعليه للبيع ليكون فاسدا بل هى بصدد بيان عدم ترتب الآثار عليه قبل الأخذ و الإعطاء و اذن فلا يكون فاسدا و غير قابل للإجازه المستقبله.

و فيه انّ ظهور ما يصدر من غير المالك من البيع فهو فاسد و تأويلها بإراده نفى الآثار خلاف الظاهر

خصوصا صحيحه خالد بن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۸۱

الحجاج حيث دلّت على عدم البأس إذا لم يكن التزام و التزام من قبل الشرى و بمفهومها على وجود البأس إذا كان الالتزام البيعى قبل الشرى. و بعباره اخرى: انّها تدل على وجود البأس فى ذلك البيع عند استناده إلى البائع و صحته بعد ذلك يحتاج الى دليل فتحصل انّ الإلزام و الالتزام قبل الشرى من المتبايعين غير لازم من- المتعاملين بمعنى انّه فاسد لا يترتب عليه اثر و الا فمعامله الفضوليين أيضا غير لازم قبل الإجازه لأنّ العمومات تشمل عليها من زمان الإجازه فلا تشملها قبلها و مما يؤيد عدم صحه البيع لنفسه روايه الحسن بن زياد الطائر الداله على تجديد نكاح العبد كونه معتقا على تقدير عدم اجازه المولى ذلك العقد و جهه عدم جعلها دليلا- ما ذكرناه سابقا من خروج أمثال هذه الروايات عن البيع الفضولى و البيع لنفسه لا يقال انّه على هذا فتلك الأخبار شامله لبيع الفضولى أيضا لكونه أيضا من بيع ما لا يملك فيكون البيع الفضولى باطلا لذلك.

فإنّه يقال لا- يقاس المقام ببيع الفضولى إذ عرفت انّ زمان البيع من زمان الإجازه فبها يستند البيع الى المالك فيكون مشمولا للعمومات و قبل زمان الإجازه لم يكن إلا- صوره البيع و اجراء العقد من المتعاقدين القابل لا يكون بيعا بالإجازه و كانت له صحه تأهليه لا صحه فعليه بحيث قبل زمان الإجازه لم يكن هنا بيع حقيقه و بالإجازه صار بيعا حقيقه و ح فهو من بيع ما يملك لا من بيع ما لا يملك و هذا بخلاف ما نحن فيه فانّ بائع مال الغير لنفسه من الأول باع

لنفسه و أسند البيع الى شخصه فلو صح فهو بيع من الأول و ليس كبيع الفضولى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۸۲

ليكون بيعا من زمان الإجازه إذا فقياس المقام بالبيع الفضولى فاسد من أصله.

و قد تحصل من مطاوى ما ذكرنا انّ الاخبار المشار إليها تدل على بطلان بيع ما له الغير لنفسه لكونه إيجابا و استيجابا من غير المالك.

ثمّ انّ صور المسأله ثلثه الاولى بيع مال الغير لنفسه منجزّا الثانى بيعه معلقا بان يكون البيع على تقدير ان يكون مالكا امّا بالاختيار أو بالقهر الثالث ان يكون لزومه معلقا على التملك بان يجعل للمشترى الخيار إذا لم يملكه فالمتيقن من مورد الروايات هى الصوره الأولى بعد ما كان كلامنا فى البيع الشخصى دون الكلى كما انّه مورد تعليل العلامه من كونه غرريا و عدم قدره البائع على التسليم فيكون باطلا عن هاتين الجهتين.

و من هنا يحكم العلامه الأنصارى (ره) بصحه الصورتين الأخيرتين فى موردها بدعوى انصرافها الى عدم وقوع ذلك البيع للبائع و ليس لها تعرّض إلى جهه اجازه المالك.

و فيه انّ المتيقن من موردها و ان كان ذلك و كك هو مورد تعليل العلامه الا انّ إطلاقها يشمل الصورتين الأخيرتين فلا وجه لدعوى الانصراف عنهما فانّ مقتضى التعليل فى قوله ع فى روايه ابن المسلم و ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه و كك مقتضى الإطلاق فى قوله ع أ ليس ان شاء ترك و ان شاء أخذ فى روايه خالد و كك قوله لا توجبها قبل ان تستوجبها و غيرها من الروايات ظاهره فى بطلان البيع لنفسه بجميع اقسامه سواء كان منجّزا أو معلقا تعليقا من جهه البيع أو

من جهه اللزوم و كون فرد متيقن الإراده من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۸۳

الدليل لا يوجب الانصراف و لا يقاس ذلك بيع الغاصب لنفسه كما عرفت سابقا للفرق الواضح بينه و بين ما نحن فيه.

المسأله الثانيه ان يبيع للمالک و يشتری ذلک من المالک قبل أجازته

فهل يجوز له اجازه ذلك البيع لنفسه أم لا- و قد حكم العلامه الأنصارى بصحّه ذلك أيضا فخروجه عن مورد الاخبار فيكون مشمولا للعمومات فيحكم بصحته فيكون عكس مسأله بيع الغاصب لنفسه ثمّ يجيزه المالك فكما انّه صحيح و ككك هذا.

و فيه أوّلا- انّه و ان لم يكن من بيع البائع لنفسه بأقسامه المتقدمه فإنّ الفرض انّه باع للمالك ثم انتقل الى ملكه بناقل الا انّه كما لا- بدّ و ان يكون البيع فى ملك فلا بدّ فى صحه الاشتراء أيضا ان يشترى من المالك ليكون صحيحا فانّ مقتضى التعليل انّما يشتريه منه بعد ما يملكه هو بطلان الشرى قبل الاشتراء فلا بدّ فى صحه اشتراء المشترى من ان يكون البائع مالكا أو اشترى قبل بيعه بحيث يكون اشتراء المشترى اشتراء من المالك و الا- فيبطل الشرى فإنه لم يقع من المالك حين العقد و حين الإجازه لم يكن شراء ليكون من المالك و بعباره اخرى: انّ بعض الاخبار و ان لم يكن شاملا لما نحن فيه كالروايات و العمومات الداله على بطلان بيع البائع ما ليس عنده فانّ المفروض انّ هذا الشخص لم يبع لنفسه ليكون بيعه هذا مشمولا لها و لكن فى بعضها الآخر غنى و كفايه فإنّ مفهوم التعليل بطلان الشرى من غير المالك فهذا الشرى قبل ان ينتقل المال إلى البائع شراء من غير المالك و بعد ما انتقل إلى البائع لم يتحقق هنا

شراء ليكون شراء من المالك و يكون صحيحا بإجازه البائع و بعباره اخرى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۸۴

انّ المتحصل و لو من بعض الروايات هو لزوم كون البائع الذى يستند اليه البيع و تشمله العمومات و يحكم بلزومه ان يكون مالكا حال العقد و الا فلا يمكن استناد البيع إليه بالإجازه لعدم ربط الواقع الى المجيز بوجه و ما هو مربوطا بالمجيز غير الواقع فكيف يحكم بصحته و ثانيا انّه على تقدير عدم شمول الروايات بالمقام فيكون باطلا بحسب القواعد فانّ البيع و ان كان عباره عن مبادله مال بمال و ليست الخصوصيات المالكيه دخيله فى صحته بان يكون المالك هذا الشخص المعين أو ذاك الشخص المعيّن الا- انّه فيما إذا كان النظر إلى كلى المالك و كون المبادله بين مالى كلّى المالك فإنّه ح لا يلزم معرفه شخصى المالك بل يكفى حصول التبديل بين المالين فى ملك المالك الكلّى و طبيعى المالك و امّا إذا كان شخص المالك موردا للنظر بحيث يكون التبديل فى مال الشخص المعيّن فح لا بدّ و ان يكون اضافه باقيه الى حين الإجازه و الا فيكون المقصود الذى وقع على طبقه العقد غير مجاز و المجاز غير مقصود و بعباره أخرى لا- بدّ و ان تكون الإضافه المالكيه التى حصل التبادل على تلك الإضافه حين العقد محفوظه حال الإجازه و فى المقام ليس كك فانّ التبادل بين المالين حين العقد حصل على الإضافه التى بين المالك و المشترى و خرج العوض من ملكيه المشترى و دخل تحت اضافه المالك و المعوض خرج من المالك و دخل تحت إضافه المشترى و تلك الحاله غير باقيه حال الإجازه فإنّ

إضافه العين الى المالك قد انقطع و انّما تعلّق بها الإضافه المالكيه من البائع فهى غير الإضافه حال العقد التى كان التبادل عليها اذن فما وقع غير مجاز و ما أجيز غير الواقع و بعباره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۸۵

أخرى لا بدّ و ان يكون المجيز مالكا حال العقد و الا يلزم ان المقصود غير مجاز و المجاز غير مقصود لان تبديل مال بمال تحقق فى الإضافه المالكيه الواقعه بين المال و مالكه الاولى و بين الثمن و تلك الإضافه التى كان التبديل واقعا عليها قد انقطعت الى حين الإجازه لتبديل المالك فينقطع التبديل الواقع عليها فإنّها بالنسبه ا الى التبديل كالموضوع بالنسبه إلى الحكم فمع انتفاء الموضوع لا مجال للحكم و على هذا فكيف يمكن تصحيح مثل هذا البيع و لا يقاس ذلك ببيع الغاصب و من هنا ظهر عدم تصحيح البيع فى المسأله الثالثه أيضا فهى ما يكون الشراء لأجنبى باعتقاد انّه مالك و تحقق القصد لأجل هذا- الاعتقاد بحقيقه البيع فإنّه أيضا ليس بصحيح أوّلا لشمول بعض تلك الاخبار عليه و لو لم يكن من قبيل بيع المالك لنفسه و ثانيا من جهه عدم بقاء الإضافه التى كانت موضوعا للتبديل و محلا له و ارتفاعه بتبديل المالك كما عرفت و لا يقاس هذه المسأله و لا المسأله السابقه ببيع الغاصب مال المغصوب منه لنفسه كما قاسه عليه المصنف بدعوى اتحاد المثال بين المسئلتين و ان كانا متعاكسين فإنّ الصحه فى بيع الغاصب على حسب القواعد إذا الغاصب يبيع المغصوب للمالك تحصل المبادله بين المالين فى جهه الإضافه المالكيه و تحقق حقيقه المعاوضه التى عباره عن المبادله بين المالين مع دخاله

وجود طبيعى المالک فيها لتحقيق حقيقه التبادل فى جهه الإضافه غايه الأمر انّه يجعل نفسه بحسب الادعاء و العنايه مالكا كالمجاز على مسلك السكاكى فحقيقه البيع محقق حقيقه و لا كذب فيها و انّما الكذب فى جعل نفسه مصداقا للمالكيه فهو أمر لا واقع له و على هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۸۶

فاجازه المالك بيع الغاصب توجب صحته و كونه له دون إجازه البائع البيع الذى أوقعه للمالك ثم اشترى المال منه لنفسه فانّ فى الأوّل كان الواقع مجازا و المجاز واقعا كما عرفت بخلاف ما نحن فيه فانّ الواقع غير المجاز و المجاز غير الواقع فإنّ الإضافه التى كان تبديل المالين فيها قد ارتفع فلم يبق الأمر الواقع حين الإجازه و الإضافه التى حدثت حين الإجازه لم يقع تبديل المالين فيها ليكون موردا للإجازه و على تقدير وقوعه غير التبديل الذى كان حين العقد فإنك عرفت انّه ارتفع بارتفاع موضوعه أعنى الإضافه المالكيه بين المالك الأول و المال و لعل الى هذا أشار المصنف بالأمر بالتأمّل و لا يفرق فى ما ذكرنا من عدم صحه البيع إذا كان المالك المجيز غير المالك حال العقد بين ان يكون مالكيّه المجيز و تجدّد ملكه بالقهر أو بالاختيار فانّ فى جميع هذه الصور لا وجه لصحه مثل هذا البيع و ما عن شيخنا الأستاذ من تصحيح ذلك فى صوره الإرث لقيام الوارث مقام المورث فلا وجه له فإنّه بحسب الفرض ممكن و لكن لا يكفى مجرّد الفرض فى صحته بل لا بدّ من قيام الدليل على ذلك و ليس لنا ما يدل على انّ الوارث يقوم مقام المورّث بحيث إذا أجاز العقد فيصح من حين

العقـد بل الدليل دلّ على انتقال مال الميت إلى الورثه و اما قيامه مقامه بكونه وجودا تنزيليّا للمورّث فلا دليل عليه و من جميع ما ذكرنا حكم الصوره الرابعه أيضا فهو ان يبيع المال لمالك و انتقل منه الى آخر بنواقل قهريه أو اختياريه.

قوله ثم انّه قد ظهر مما ذكرنا فى المسأله المذكوره حال المسأله الأخرى و هى ما لو لم تجز المالك بعد تملكه

أقول لو قلنا بالبطلان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۸۷

فى المسـأله المتقـدمه ففى هـذه المسـأله نقول بالبطلاـن بطريق أولى فإنّه إذا لم يكن وجه لصـحه بيع مال الغير لنفسه مع أجازته ذلك البيع فيكون فيما لا يجيز باطلا بالأولويه و انما الكلام فيما لو قلنا بالصـحه فى المسائل المتقدمه فهل يمكن الحكم بالصحه هنا بان نقول بصـحه البيع بدون الإجازه فإنّه كان بائعا لنفسه فقد حصل له الملك فيكون كما باعه لنفسه من الأول أولا بل لا بدّ من ان نقول بالبطلاـن هنـا و لو قلنـا بالصـحه فى المسـأله السـابقه و قـد اختـار المصـنف البطلاـن و انّ البيع الأـول باطـل للأخبار المتقدمه و لدليل السـلطنه فإنّ الحكم- بكون هذا المال لغيره بدون بيع و اجازه خلاف السلطنه و خلاف عدم جواز التصرف فى مال الغير الا بطيب نفسه و هو الصـحيح عنـدنا أيضا فإنّ البائع الـذى باع مال غيره لنفسه و التزم به فى الحين الـذى أنشأ العقد لم يكن مالكا ليتم التزامه و فى الحين الـذى ملك لم يلتزم بالبيع فيكون الحكم بصـحه البيع و كون المال للمشترى بدون اجازه منه على خلاف السلطنه فيحكم بالبطلان و ليس لنا طريق الى الحكم بصحه ذلك الا ما ربّما يتوهم من

شمول عموم الوفاء بالعقد عليه حين الإنشاء فالعاقد ممّن شمل عليه ذلك الدليل و انّما خرج عنه زمان عدم كونه مالكا فتبقى البقيه تحت الدليل و أجيب عن ذلك بانّ المقام من موارد استصحاب حكم الخاص دون مقام التمسك بالعموم فإنّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام و التحقيق انه ليس المقام مقام جريان العموم فضلا عن النزاع من الرجوع الى حكم العام أو الخاص فانّ محط هذا النزاع فيما يكون المورد مشمولا للعمومات ثم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۸۸

خصصت فى زمان فنشك فى زمان آخر فى دخوله تحت العام أو يستصحب حكم الخاص كتخصيص عمومات جواز وطى المرأه بما يدلّ على التحريم فى حال الحيض و نشك فى جوازه بعد الطهر و قبل الاغتسال فيقع النزاع هنا من انّه نعمل بالعام و نجرى حكمه عليه لانّ المتيقن من الخارج هو زمان الحيض فيبقى الباقى تحته أو نستصحب حكم الخاص و اما فيما لا تشمل عليه العمومات من الأول فلا وجه لهذا النزاع مثلا لو ورد أكرم العلماء فتكون غير العلماء خارجا عنه تخصّصا ثم شككنا فى انّ ذلك الفرد الخارج بالتخصص هل يكون- داخلا تحته حين الشك أو نستصحب فيه حكم المخصّص و مقامنا من قبيل الثانى فإنّ البائع حين ما باع مال الغير لنفسه لم يتم التزامه البيعى ليشمل عموم الوفاء بالعقد فلا يكون بائعا حقيقه و حينما ملك المبيع لم يلتزم بالبيع ففى الزمان الذى مالك ليس له التزام و فى الزمان الذى له التزام فليس بمالك ففى أىّ نقطه شمل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نشك فى بقاء حكمه

أو حكـم الخـاص فی نقطـه اخری لنرجـع الی النزاع المعروف مـن انّ المقـام مـن مـوارد اجراء حكـم العـام علی المشـكوک أو استصـحاب حكم المخصّـص لو كـان ذلـک مثل بيع المكره بان كان الخارج عنه زمان الإكراه لكان لإجراء النزاع المعروف هنا وجها و لعل الی ذلک أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

و ثانيا علی تقـدير التمسک بـدليل الوفاء بالعقـد و كونه شاملا عليه و انما الخارج عنه زمان عـدم التملک فنتمسک به فی الباقی نظير شـموله بـالبيع المكره و انّمـا الخـارج عنه زمـان الإكراه فيكون الباقی داخلا تحت العام و لكن يكون آيه التجاره مقيـده لها حيث انّ اللّه تعالی

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۸۹

قـد حصـر فيهـا جواز أكل مال الغير بالتجاره عن تراض و ان غيرها- باطل و من أكل المال بالباطل و ما نحن فيه ليس تجاره عن تراض حيث انّ البائع و ان كان بائعا لنفسه لكن كان بائعا مال الغير لنفسه و انّما هو ملک بعـد ذلک فليس ببائع فيكون أخذ ماله هذا بالبيع السابق أكلا له بالباطل فيكون ذلک البيع الأول باطلا حتی مع شمول دليل الوفاء عليه أيضا.

و ثالثا لو سـلمنا عدم كون آيه التجاره مقيده لدليل الوفاء و لكن تكفينا الروايات الوارده فی المقام من عدم جواز بيع مال الغير و ما ليس عنـده فالبائع و ان باع مال غيره لنفسه ثم ملكه و لكن كان بيعه الأول باطلا لكونه بيعا بما ليس عنـده و إيجابا و استيجابا قبـل التملّـک فهو غير جـائز نعم لو بـاع مـال الغير لنفسه بعنوان التعليق بـأن إنشاء البيع فی الحال و كان المنشأ فی المسـتقبل نظير الوصيّه و أغمضنا النظر عن بطلان

التعليق بالإجماع و أغمضنا النظر عن الروايات الوارده فى المقام لتوجه التمسك بدليل الوفاء بالعقد هنا كما تقدمت الإشاره الى هذا القسم عند الدخول بهذه المسائل و من عجائب شيخنا الأستاذ انّه التزم بصحه هذه المسأله و قال لا وجه للتفصيل فى ذلك بين ما يبيع لنفسه ثم ملكه فأجاز البيع و بين ما ملكه و لم يجز ففى كلا الصورتين نحكم بالفساد و أفاد فى وجه الصحه هنا بانّ الإجازه انّما نحتاج إليها لأمرين الأول من جهه اعتبار الرضا فى البيع بمقتضى آيه التجاره و الثانى من جهه استناد البيع الى المجيز فكلا الأمرين متحقق هنا فان الفرض انّه باع لنفسه و الفرض انّه راض بذلك أيضا فيكون صحيحا و فيه انّ هذا يعد من عجائب شيخنا الأستاذ فإنّ-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۹۰

بائع مال الغير لنفسه انّما هو رضى و أسند البيع لنفسه فى بيع مال الغير فهو راض به و أسند ذلك البيع الى نفسه و اما بعد تملكه ذلك المال فلم يوقع عليه البيع حتى ينازع فيه بأنّه أسند إلى نفسه أم لا فما أسنده إلى نفسه و رضى به لم يتعلق بماله و ما هو ماله لم يوقع عليه البيع بوجه فما ذكره بلا وجه و قد تحصل الى هنا حكم المسئلتين.

قوله المسأله الثالثه: لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف

اشاره

أقول لو باع مال الغير باعتقاد انّه غير جائز التصرف اما بتخيل أو باستصحاب أو نحو ذلك فالجامع اعتقاد انه غير مالك فباع ثم بان انّه جائز التصرف فهذه على أربعه صور كما أشار إليها فى المتن فإن البائع هذا اما يعتقد عدم جواز تصرّفه لعدم ولايته فانكشف كونه وليّا للمالك و اما لعدم الملك و كونه

مالکا فانکشف انّه مالک و علی کل تقدیر فامّا ان یبیع عن المالک و امّا ان یبیع لنفسه فالصور أربع.

الصوره الأولی: ما إذا باع للمالک باعتقاد انّه غیر جائز التصرف فبان انّه جائز التصرف

لکونه ولیّا للمالک أو ممن کان أمره فی یده فهل یحکم بصحه ذلک البیع أم لا.

الظاهر کونه صحیحا فانّ الفرض انّ البیع لا قصور فیه لکونه صادرا ممّن لا بدّ و ان یصدر منه غایه الأمر انّه کان ناسیا للاذن- السابق و کونه وکیلا- عن المالک أو عن کونه ولیّا أو غفل عن ذلک فهذا لا یوجب البطلان فهل یکون الاذن السابق ادنی من الإجازه اللاحقه.

و کذلک کونه ولیّا فی الواقع لا یکون ادنی من الاذن السابق فهل یتوهم أحد فی انّه لو باع شخص مال غیره فضولا ثم-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۹۱

و أصل إلیه الکتاب و کان مکتوبا فیه بع المال قبل ان یبیع ما له فضولا فیکون باطلا بل لا یحتمل ذلک و مقامنا نظیر ذلک فانّ اعتقاد عدم کونه جائز التصرّف لا موضوعیه له لبطلان العقد کما لا یخفی بل العقد صدر واقعا ممّن لا بدّ و ان یصدر منه و وقع فی محله فلا وجه لتوهّم البطلان بوجه.

بل لو قلنا ببطلان المعامله الفضولیه لا نقول بالبطلان هنا فإنّه کما أشار إلیه المصنف صدر العقد هنا من اهله واقعا غایه الأمر انّ العاقد لم یلتفت بذلک فهل یوجب عدم التفاته الی ذلک کونه أخصر من البیع الفضولی نعم لا- بدّ و ان الاذن موجودا فی الخارج بان یکون مبرزا فإنّه لا یکفی فی صحه البیع الرضا الباطنی للمالک ما لم یظهر بمظهر فی الخارج و قد تقدم ذلک عند الدخول ببحث الفضولی بل لا نحتمل من ان یقول احد بالبطلان

الا عن القاضی حیث قال انّه لو اذن السید لعبده فی التجاره فهو باع و اشتری و هو لا یعلم باذن سیده و لا علم به احد لم یکن مأذون فی التجاره و لا یجوز شی ء ممّا فعله فان علم بعد ذلک و اشتری و باع جاز ما فعله بعد الاذن و لم یجز ما فعله قبل ذلک فإن أمر السید قوما ان یعاملوا العبد و العبد لا یعلم باذنه له کان بیعه و شرائه منهم جائزا و جری ذلک مجری الاذن.

و قد ظهر بطلانه ممّا ذکرنا فانّ وصول الإذن الیه و عدمه لا موضوعیه فیه و انّما المناط أصل وجود الاذن واقعا بل تقدم سابقا انّه یکفی فی نفوذ معامله العبد بالتجاره للغیر نفس رضی الباطنی للمولی و ان لم یبرزه فی الخارج فانّا و ان قلنا فی أول الدخول

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۹۲

بالبیع الفضولی انّه لا- یکفی فیه الرضا الباطنی و لکنه غیر مربوط- بمعامله العبد کما تقدم سابقا فانّ معاملته صحیح من جمیع الجهات حتی من جهه الاستناد و انّما المانع من نفوذها عصیان السیّد فقط و هو یرتفع برضا الباطنی و ان لم یکن مبرزا فی الخارج.

قوله الثانیه: ان یبیع لنفسه فانکشف کونه ولیّا.

أقول المسأله الثانیه إذا یبیع مال الغیر لنفسه باعتقاد انّه غیر جائز التصرف فانکشف کونه ولیّا فالظاهر هنا أیضا صحه البیع وفاقا للمصنف و ذلک لما عرفت ان حقیقه البیع عباره عن مبادله مال بمال فقد تحققت مع جمیع ما فیها من الشرائط غایه الأمر انّه قد انضمّ الیه قید کون البیع لنفسه فیکون لغوا و الوجه فی ذلک انّ البائع مأذون فی البیع و الشری و غیرهما من التصرّفات فی

مال المولى عليه فانّ الفرض انّ الولى كك فلا يقصر ذلك الاذن عن الاذن اللاحق و عن الإذن الأخر الذى لا يلتفت اليه الا فى جهه القصد و ان يكون البيع واقعا لنفسه و قد مرّ مرارا انّ القصد لا يوجب تغييرا فى حقيقه البيع بل هو بالنسبه إليها كالحجر فى جنب الإنسان فبعد تحقق حقيقه البيع أعنى مبادله المال بالمال و تحقق شرائط الآخر من الاذن من المالك أو من قبل مالك الملوم فلا يضرّ بها ذلك القصد لوقوعه لغوا.

و ربّما يقال باحتياجه اى ذلك البيع على اجازه الولى البائع لنفسه غفله كونه للمولى عليه بعد انكشاف الحال كما يميل اليه المصنف فإنّه لم يقع بعنوان انّه للمولى عليه حتى لو قلنا بكون قصد كونه لنفسه لغوا بل لا- بدّ و ان يكون البيع مستندا إليه بالإجازه و الا فلا يستند اليه فيكون باطلا إذ البائع و لو كان مجازا واقعا فى البيع الا ان-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۹۳

البيع الذى هو مجاز فيه لم يقصده البائع فما أوجده و قصده انّما هو غير ما كان مأذونا فيه فيتوقف صحه كونه عن المولى عليه على اجازه جديده.

و فيه انّه لا- وجه لاحتياجه إلى الإجازه بوجه لانّ قيد كونه لنفسه ان كان قيدا للبيع فبانكشاف الخلاف يكون باطلا لانتفاء القيد المستلزم لانتفاء حقيقه البيع و ان لم يكن قيدا فيكون لغوا فلا- يضرّ بصحه البيع لكونه كالحجر فى جنب الإنسان بالنسبه إلى حقيقه البيع و على كل تقدير لا نتصور وجها لاحتياج البيع إلى الإجازه و لعل الى ذلك أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

قوله (ره) الثالثه: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.

أقول المسأله الثالثه: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا

و قد مثلوا لذلک بما لو باع مال أبیه بظن حیاته فبان میتا فإنّه ح یکون المال مال نفسه و یکون البیع عن نفسه فهل یصح هذا البیع أولا یصح و علی تقدیر الصحه فهل یکون محتاجا إلی الإجازه أو یکون له الخیار فی ذلک بحیث له ان یفسخ أولا یفسخ فیکون بترکه الفسخ لازما وجوه و الفرق بین کونه محتاجا إلی الإجازه و بین کون المالک مخیّرا بین الفسخ و الإمضاء هو انّه لو لم یجز المالک علی تقدیر الاحتیاج إلی الإجازه فیکون البیع باطلا و امّا علی تقدیر کونه مخیّرا بین الفسخ و الإمضاء فالعقد صحیح و لکن للمالک حق الفسخ فقط.

و اما أصل البیع فالمشهور صحته بل ربّما یدعی الإجماع فی ذلک و فی المتن لم نعثر علی مخالف صریح الا عن الشهید فی قواعده حیث احتمل إمکان البطلان و سبقاه العلامه و ابنه لوجوه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۹۴

لا یمکن المساعده علی شی ء منها کما ذکر المصنف فی المتن.

و امّا الوجه فی صحه البیع فلما تقدم فی البیع لنفسه ان حقیقه البیع قد تحققت بجمیع شرائطه و حقیقته التی عباره عن مبادله مال بمال فی طرف من الإضافه المالکیه لمالک طبیعی و قصد کونه لنفسه کما فی المسأله المتقدمه أو کونه لمالک کما فی هذه المسأله أمر زائد عن حقیقه البیع و غیر مربوط بها بوجه فیکون لغوا فلا یضرّ بصحه البیع بوجه و اما الوجوه التی أشار إلیها العلامه فالأول انّ الابن قصد نقل المال عن الأب لا عن نفسه فما وقع اعنی کون البیع للابن فی الواقع لم یقصد فما قصد لم یقع فلم یقصد حقیقه البیع

كما مرّ نظير ذلك الإشكال فى بيع الغاصب.

و فيه انه قد تقدم مرارا انّ القصد غير قادح لحقيقه البيع إذا لم يضرّ بها ففى المقام و ان قصد البائع كونه عن المالك و هو الأب الا ـ ان قصده ذلك من جهه كون الأب مالكا فى اعتقاده لا لخصوصيه فى شخص الأب غايه الأمر أنّه أخطأ فى قصده و طبق المالك الى شخص آخر فلا يكون مضرّا.

الوجه الثانى ان هذا العقد باطلا ـ من جهه التعليق فإنّه و ان كان فى الصوره منجزا و لكنّه فى التقدير معلق فانّ التقدير ان مات مورثى فقد بعتك فيكون باطلا من جهه التعليق.

و فيه الظاهر انّه أمر وقع من سهو القلم من العلامه (ره) فانّ التعليق انّما يتم لو باع لنفسه معلقا ذلك على موت الأب بحيث يكون ذلك متوقفا على موته و ان التعليق فى صحه العقد و تكون متوقفه على موت الأب و ان كان المنشأ كالإنشاء امرا فعليّا لا امرا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۹۵

استقباليّا ليكون التعليق فى المنشأ.

و بعباره أخرى: هذا الذى ذكره فى الوجه الثانى مع الوجه الأول فى طرفى النقيض فانّ مقتض الوجه الأول انّ البيع عن الأب و ليس عن نفسه و مقتضى الوجه الثانى انّ البيع عن نفسه فليس عن الأب فهذان لا يجتمعان لكون مدلول أحدهما متناقضا مع مدلول الآخر.

اللهم الا ـ ان يقال ان القصد الحقيقى إلى النقل معلّق على تلك الناقل و بدونه فالقصد صورى و قد تقدم نظير ذلك من المسالك فى انّ الفضولى و المكره قاصدان الى اللفظ دون المعنى و مدلول اللفظ و قد تقدم عدم تماميه ذلك و انّ الفضولى و المكره قاصدان للمدلول

أیضا و لو بهذا القصد الصوری فهو یکفی فی صحه البیع الفضولی.

الوجه الثالث: انّ البائع کالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده انّ المبیع لغیره.

و فیه بعد ما قلنا بکونه کالفضولی قاصدا للمدلول أیضا فیکون ما یصدر منه البیع فیکون صحیحا فلا یکون فیه بحث بوجه من الوجوه و بالجمله فاصل صحه البیع ممّا لا اشکال فیه و لا یعتنی بمثل تلک الوجوه فی الحکم بالبطلان کما لا یخفی.

و اما احتیاجه إلی الإجازه فمما لا ریب فیه لا لما ذکره المحقق الثانی فی جامع المقاصد من انه لم یقصد الی البیع الناقل للملک الان بل مع اجازه المالک لاندفاعه أوّلا بقوله الا ان یقال ان قصده إلی أصل البیع کاف و ذلک لان حصول النقل حین العقد أو بعد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۹۶

اجازه المالک لیس من مدلول لفظ العقد حتی یعتبر قصده أو یضرّ قصد خلافه و انّما هو من الأحکام الشرعیّه المعارضه للعقود فلا یکون مأخوذا فی صحه العقد.

و ثانیا ان هذا الدلیل أخص من المدعی فإنّه قد یتحقق القصد الی ذلک لو کان البائع لذلک أی بائع مال نفسه للغیر باعتقاد انّه للغیر وکیلا من قبله فباع ثم انکشف انّه مال نفسه فانّ القصد هنا متحقق إلی أصل البیع الناقل للملک من دون احتیاج الی قصده مع الإجازه المتأخره.

و ثالثا انّ هذا ینافی مذهب الکشف فکیف یرضی القائل به ان یقول البائع لا یقصد نقل المال حین العقد بل الوجه فی الاحتیاج إلی الإجازه هو الذی أشار إلیه المصنف من عموم تسلط الناس علی أموالهم و عدم حلّها لغیرهم الا بطیب أنفسهم و حرمه أکل المال إلا بالتجاره فإنّ الالتزام بصحه العقد

بـدون الإجـازه مسـتلزم لعـدم تسـلط النـاس على أموالهم و كونه حلالا لهم بغير طيب نفسـهم و توضـيح ذلك فانّ مقتضـى آيه التجـاره و قوله لا يحلّ مال امرؤ مسـلم الا بطيب نفسه و ان كان كفايه رضا المالك و طيب نفسه و لو مع اعتقاده بانّ المال لغيره بحيث يكون الرضـا بـذاته معتبرا و لكن بمناسـبه الحكم و الموضوع يسـتفاد منهـا ان ذات الرضـا و الطيب بمـا هو ليس موضوعا للحكم فـانّ احترام ماله و توقف التصـرف فيه على اذنه يناسب ان يكون اذنه بما انه مالك دخيلا فى جواز التصـرف و معلوم ان الطيب بأصل التبـديل ليس طيبا بالتبـديل المالكى نعم ما نزّل شـيخنا- الأسـتاذ ذلك بما ان العمـد بأصل التكلم أو العمد بالأكل ليس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۹۷

عمـدا بالتكلم فى الصـلاه و الأكل فى نهار شـهر رمضان و الأمر كك فإنّ الإنسان يتعمد إلى أصل الفعل و لكن يغفل عن كونه فى الصـلاه أو الصوم ثمّ انّه يؤيـد ذلك انّه لو أعتق عبدا للغير بما انّه له فبان انّه لنفسه أو طلق امرأه للغير فبان انّها لنفسه له ينعتق العبد و لا يطلق الزوجه و انّما جعلناهما مؤيده من جهه أنهما إزاله الملك و الزوجيه و كونهما عن المالك و الزوجه من الجهات المقوّمه فعـدم وقوعها من الغير من تلك الجهه فلا يقاس بالبيع و هذا المعنى هو منصـرف عن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أحلّ اللّه البيع فانّ الظاهر انّهما منصـرفان الى وجوب الوفاء لكل شـخص بعقـده الذى أوقعه على ماله بحيث يكون البيع مسـتندا اليه لا الى شـخص أخر فمعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ انّه يجب ان يفى كل شخص بعقد نفسه

و معنى أحلّ اللّه البيع انّه حلّ بيع أنفسكم و فى المقام ان البائع و ان كان مالكا واقعا الا انّه باع الملك بعنوان انه مال الغير ليكون البيع بيعه و لم يبع بعنوان ماله ليكون البيع بيع نفسه و عقدا له فلا يشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و العمومات الأخر إلا بالإجازه ليكون مستندا الى نفسه و يكون قابلا لشمول العمومات له و من هنا ظهر فساد توهم ان المالك حيث انه المباشر للعقد فلا وجه لاعتبار الإجازه فيما يرجع الى تصرّف نفسه فى ماله فإنّه و ان كان تصرّف فى ماله و لكنه بعنوان انّه مال الغير فلا يكون البيع مستندا اليه الا بالإجازه و قد اختار صاحب الجواهر تبعا لبعض آخر صحه هذا البيع و كونه خياريا و ان للمالك فسخ ذلك و إمضائه و استدل عليه بدليل نفى الضرر بدعوى انّ لزوم مثل هذا العقد ضررى فيرتفع بكونه خياريا و قد استدل بتلك الأدله على ثبوت ببعض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۲۹۸

الخيارات كخيار الغبن.

و أشكل عليه شيخنا الأنصارى بتوضيح و اضافه إجماليّه منّا و حاصله انّ الضرر عباره عن النقص فى المال أو العرض أو النفس و شى ء منها غير موجود فى المقام بل انّما هو فى انتقال المال إلى المشترى بدون رضائه المالك و اذنه فمقتضى شمول أدله الضرر على ذلك هو نفى الانتقال و بطلان العقد لا ثبوت الخيار مع صحته.

و بعباره اخرى: انّه لو فرضنا من صحه العقد و كان النزاع فى لزومه و عدمه و كان الضرر متوجها من ناحيه اللزوم لكان لهذا التوهم وجه و لكن الأمر ليس كك و انّما الضرر فى أصل صحه العقد

و انتقال المال الى الغير لا من ناحيه اللزوم بعد الفراغ عن صحته اذن فلا بدّ من القول ببطلان العقد لو تمسکنا بدلیل نفی الضرر لا بکونه خياريا.

بل لا- مجال أصلا هنا للتمسک بأدلّه نفی الضرر و لا موضوع لها هنا فإنّه انّما تکون شامله لمورد یکون فیه ضرر و الموضوع لذلک هنا لو کان انما هو العقد فصحته انّما بواسطه شمول العمومات علیه فهی لا تشمل المورد ما لم تلحق علیه الإجازه اللاحقه من المالک فإنّه عرفت انّه مضافا الی کون صحه العقد بدون الإجازه منه أکلا لمال الغیر بدون اذنه و کونه تصرّفا فی مال الغیر بغیر طیب نفسه و کونه خلاف السلطنه أنّ أوفوا بالعقد و أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ انّما ینصرف الی بیع شخص المالک و انّ کل من باع ما له لنفسه یجب الوفاء به و اما لو باع لغیره فلا- اذن فلا- موضوع یکون ضرریا حتی یشمله أدله نفی الضرر و بالجمله لا- وجه لاحتمال ثبوت الخیار هنا بدلیل نفی الضرر.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۲۹۹

ثم لو انعقد الإجماع علی عدم جریان الفضولیه فی الإیقاعات و اختصاصها بالعقود فیحکم ببطلان عتق مال الغیر ثم إجازته أو عتق مال نفسه عن الغیر باعتقاد انّه مال الغیر ثم أجازته و ان لم یتم الإجماع و ناقشنا فیه فیصح فی الإیقاعات أیضا کما هو واضح ثم انّه لا- ملازمه بین بیع مال نفسه للغیر باعتقاد انّه له ثم انکشف الخلاف و بین بیع الفضولی بحیث لو قلنا ببطلان البیع الفضولی لقلنا ببطلان ذلک أیضا.

و ذلک لان عمده ما قیل فی بطلان البیع الفضولی کما تقدم هو کونه بیعا لمال الغیر فهو باطل

بالروايات المستفيضه النافيه عن بيع ما ليس عنده و قد أجبنا عنه فيما تقدم انّ ذلك فيما يكون بائعا لنفسه دون الغير و على تقدير قبوله هناك فلا يجرى هنا فإنّ البائع لم بيع مال غيره ليكون من صغريات بيع ما ليس عنده بل انما باع مال نفسه للغير فيكون ذلك صحيحا بالإجازه فلا يكون مشمولا لتلك الروايات اللهم الا ان يقال ان مدرك القول ببطلان بيع الفضولى هو التصرف فى مال الغير المستلزم للحرمه المستلزم لفساد البيع و فيه على تقدير قبوله فى بيع الفضولى فلا يجرى هنا لأنّ فى البيع الفضولى كان تصرّف فى مال الغير بخلافه هنا فإنّه ليس هنا الا قبح التصرف من باب التجرى فهو قبيح فى نظر العقل فلا يستلزم الحرمه الواقعيه حتى يستلزم ذلك الحرمه الواقعيه فساد المعامله فيكون ما نحن فيه مثل بيع الفضولى كما هو اضح.

قوله الرابعه ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انّه له.

أقول إذا باع شخص مال نفسه لغيره باعتقاد انه له اما باعتبار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۰۰

شخصى أو عقلائى ثم انكشف انّه مال نفسه كما إذا باع مالا أخذه من الغير بالقمار أو بغيره من الأسباب الباطله شرعا ثم باع لنفسه مع- اعتقاده بحسب تديّنه بدين الإسلام انّه مال الغير ثم انكشف انّ هذا بعينه المال الذى كان ذلك الغير أخذ منه أمس فالظاهر انّه لا شبهه فى صحه هذا البيع لعدم قصور فى الإنشاء و لا فى المنشأ بل انّما تحققت حقيقه البيع على النحو الذى لا بدّ و ان تتحقق فانّ حقيقته المبادله بين المالين فى علقه المالكيه و قد حصل ذلك فى نظر العرف و العقلاء فإنهم يرون التمسك بالقمار و نحوه من الأسباب الباطله

من المملکلات فيرون بيع المقامر ما تملكه بالقمار صحيحا فيصدق على بيعه هذا بيعا بالحمل الشائع مع كونه مالكا واقعا اذن فيشمله العمومات فيحكم بصحته شرعا أيضا غايه الأمر انّه لم يعلم بكونه مالكا واقعا و فى نظر الشارع فهو لا يضرّ بصحّه البيع.

و بعباره أخرى حكم الشارع بالمالكيّه من الأحكام الشرعيّه فصحّه البيع لا يتوقف على العلم به و الا فلا بدّ من عدم تحقق البيع و صدقه على بيع من لا عقيده له لشريعه من الكفار و الفساق مع كونه بيعا صحيحا عند العرف و العقلاء و بالجمله انّ صحه مثل ذلك مع صدوره عن مالكه الواقعى و تحقق شرائطه ممّا لا شبهه فيه و هل يحتاج ذلك الى الإجازه أم لا فالظاهر انّه غير محتاج إلى الإجازه لكونه صادرا من مالك المبيع و واقعا لنفسه و مستندا اليه فالاحتياج إلى الإجازه تحصيل الحاصل فلا نحتاج إليها.

و بعباره اخرى انّ العقد بعد تماميه أركانه و وقوعه عن مالكه بعد نفسه مالكا للمال بأى نحو كان و كونه مالكا أيضا واقعا غير انّه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۰۱

يعتقد فقط كون المال للغير من باب الجهل فلا وجه لتوهم كونه محتاجا إلى الإجازه ثانيا فانّ مجرّد الجهل بالحال لا يستلزم ذلك كما هو واضح و ذلك كما إذا باع مال نفسه لنفسه غفله عن كونه له فهل يتوهم احد بطلان البيع هنا.

قوله و اما القول فى المجاز.

اشاره

أقول تحقيق الكلام فيه يقع فى أمور

الأول انّ العقد الفضولى لا بدّ و ان يكون جامعا لشروط البيع بأجمعها

اشاره

و الا فلا يكون ممّا يترتب عليه الأثر و هذا بحسب الكبرى ممّا لا ريب فيه فانّ العقد الفضولى يعينه العقود الأخر غير انّه فاقد للإجازه فيحتاج إلى الإجازه المتأخّره و هذا لا يزيد عن العقد الصادر بالاذن السابق أو من المالك فإنّه كما إذا كان شى ء منهما فاقدا لشرط من الشروط مع كونه صادرا ممّن له العقد أو بإذنه بحيث يكون مستندا الى المالك من حين تحققه فككك العقد الفضولى لا بدّ و ان يكون جامعا لجميع الشرائط غير جهه الرضا المالكى فإنّه يلحق بالإجازه المتأخره فهل يتوهم احد ان لا يعتبر فيه ما يكون معتبرا فى غير العقد الفضولى اذن فمقتضى أدلّه صحه البيع مع أدله الشروط المعتبره فيه قاضيه فى البيع الفضولى أيضا.

و اما بحسب الصغرى فشرائط البيع تنحلّ إلى أقسام أما شرائط العقد فلا شبهه فى اعتباره فى العقد الفضولى لكونه عقدا كسائر

العقود فلا بدّ من اعتبار شروطها فيه أيضا و جهه الفضوليه لا توجب إلغاء تلک الشروط و ذلک کالماضويه و العربيه و تقديم الإيجاب على القبول و غير ذلک ممّا يرجع الى نفس العقد فإنّها کما تعتبر فى عقد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۰۲

الأصيل و هکذا تعتبر فى العقد الفضولى و امّا شرائط المتعاقدين فککک و لا بدّ من اعتبارها هنا کما إذا اعتبرنا صدوره من البائع العاقل فإنّه يعتبر هنا أيضا فلا يصح عقد الصبى و المجنون لو کانا فضوليين أيضا فإنّه بعد عدم کفايته فيما إذا کان طرف المعامله هو الأصيل و کان مجرى العقد هو الصبى أو المجنون فلا يکفى هنا أيضا لأنک عرفت انّ

العقد الفضولی لا یزید علی عقد الأصیل و معاملته و بالجمله لا یکفی فی صحه عقد الفضولی صدوره من الصبی و المجنون لو قلنا بعدم صحه عقدهما کما تقدّم.

و اما شرائط العوضین فهو أیضا ممّا لا ریب فی اعتبارها هنا فلا یصح بیع أم الولد و لا الخمر و نحوهما ممّا لا یصح بیعه من الأصیل أیضا فإنّ ما لا یجوز من الأصیل فکیف یجوز من الفضولی فهل یزید ذلک علی الأصیل و بالجمله.

انّ تلک الشروط الثلثه لا شبهه فی اعتبارها فی العقد الفضولی حین العقد فإنّ الإجازه لیست عقدا مستأنفا حتی تعتبرها من زمان الإجازه بل اجازه للعقد السابق الصادر عن الفضولی و انّما هی دخیله فی تأثیر ذلک العقد فلا بدّ من اعتبارها فیه حین الصدور.

و اما الشروط التی تکون معتبره فیه مع کونها خارجه عن العقد و قد عبر عنها المصنف بالشروط المعتبره فی تأثیر العقد أو الشروط الراجعه إلی المالک فلا یعتبر فیه اما الأول فکالقدره علی التسلیم فانّ اعتباره فی العقد لیس من جهه کونها شرطا للعقد أو للعوضین أو للمتعاقدین بل أمر خارج عن العقد فإنّما یکون معتبرا من جهه تمکین المشتری من المبیع أو البائع من الثمن و تسلیطهما علیهما و هذا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۰۳

انّما یلزم اعتباره حین التسلیم فقط و ان کان البائع غیر متمکن من زمان العقد حتی مع کونه أصیلا ففی الفضولی أیضا لا یعتبر القدره علی التسلیم لا حین العقد و لا حین الإجازه بل انّما یلزم اعتباره- حین التسلیم و التسلّم فلو باع الفضولی عن المالک سلما فلا بدّ و ان یکون المالک متمکّنا عن التسلیم عند التسلیم و

فى الأجل المعيّن الذى يجب تسليمه فيه و لو باع حالا فيجب ان يكون المالك متمكّنا من التسليم عند الإجازه لأنّ زمان الإجازه زمان التسليم و التسليم و بالجمله فمثل هذا الشرط لا يرتبط بالعقد و لا بالعوضين و لا بالمتعاقدين بل هو أمر خارج عن العقد و لا ـ يلزم من انتفائه بطلان العقد بل يكون العقد خياريا لتخلف الشرط الضمنى و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف و النقل فإنّه على القول بالكشف أيضا و ان حصلت الملكيه و لكن لم يحصل زمان التسليم و التسلم و لذا لا يجوز التصرف قبل الإجازه حتى على الكشف فزمان التسليم زمان الإجازه فإنّه ليس معنى الكشف انّ الملكيه قد حصلت بحيث لكل منهما ان يعامل مع ما انتقل إليه معامله ملكه بل انّما ذلك بعد الإجازه غايه الأمر أنّها نكشف انّ الملكيه من الأول.

و اما الثانى كاعتبار كون المشترى للمصحف أو العبد المسلم مسلما و لا يكون كافرا بناء على عدم تملك الكافر العبد المسلم و المصحف فهذا أيضا لا يعتبر فى العقد الفضولى كون المشترى للمصحف أو- العبد المسلم مسلما حين العقد بل لا بدّ من كونه مسلما حين الإجازه فلو باع الفضولى المصحف أو العبد من الكافر فأسلم إلى زمان الإجازه فيكون البيع صحيحا و السر فى ذلك انّ عمده دليل اعتبار كون المشترى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۰۴

مسلما بعد التسالم بين الفقهاء هو قوله تعالى لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا فانّ بيع المصحف و العبد المسلم من الكافر استيلاء و سبيل على المسلمين بل من أعلى مراتب الاستيلاء و هذا المعنى لا يتحقق بمجرّد العقد حتى على القول

بـالكشف فـانّ الاستيلاء انّمـا يتم بتمـاميه العلقه الملكيه و هى لا تتم إلا بتماميه السـبب و تماميه السـبب إنّما بالإجازه حتى على القول بالكشف فإنّه على القول بالكشف أيضا تكون الإجازه مؤثره فى الملكيه السابق فنكشف بها حصولها من زمان العقد و بها يكون المشترى مسلطا على المبيع و اما قبل زمان الإجازه فليس له تسلط على المبيع غايه الأمر انّه قد ملك للمبيع من زمان العقد لو أجاز المالك و الا فلا فإنّما يحصل السبيل و التسلط فى زمان الإجازه و فى زمان تماميّه السلطنه على المبيع لكون الإجازه مما تكون متممه للعلقه المالكيّه و قبله لا سلطنه للمشترى على المبيع بوجه و لذا لا يجوز له التصرف فيه.

نعم بنـاء على الكشف بمعنى كون الإجـازه معرفه محضه مع العلم بـانّ المالك يجيز العقـد قطعا نلتزم بعـدم جواز البيع الفضولى أيضـا لحصول السبيـل من زمـان العقـد للعلم بتحقق العلقه بتمامها عنـده و لكن قـد عرفت عن تماميّه ذلك المـذهب و اما توهم حصول السبيـل بمجرّد العقـد توهم فاسـد فـانّ مجرّد تحقق مـا يكون له تأهليه الصـحه و كونه قابلا لان يترتب عليه تماميه العلقه المالكيه للمشترى لا يوجب إثبات السبيل للكافر على المسلم.

و بالجمله انّ فقدان الشرائط الخارجيّه و شرائط المالك عند العقد فى العقد الفضولى لا يضرّ بالصحه التأهليه التى كانت فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۰۵

العقد الفضولى بل هى تحصل بذلك مع وجدانه الشـرائط الأخر الداخله فى العقد من شـرائط العقد و شـرائط العوضين و شرائط المتعاقدين بل الصحه التأهليه باقيه الى زمان الإجازه و زمان وصول محل الشرط فانّ حصل فيحكم بالصحه الجزميه و الا فيحكم بالبطلان.

ثم هل يعتبر استمرار

تلك الشروط التى لا- بدّ من اعتبارها الى زمان العقد أم لا- يعتبر اما الشروط الراجعه إلى العقد فلا معنى لبقائه لكونها انى الحصول و الزوال فليس لها قابليّه البقاء كالعربيه و الماضويه و تقديم الإيجاب على القبول و نحوها فإنّها كيفيّات غير قابله للبقاء.

و اما شروط المتعاقدين فالظاهر عدم اعتبار بقائها على حالها فى صحه العقد كما إذا جنّ العاقد الفضولى أو مات فانّ العقد بعد صدوره عنه صحيحا لا ينقلب عما هو عليه بانتفاء الشروط المعتبره فى العاقد فلا نتصوّر وجها لكونها دخيلا فى صحته بحسب البقاء أيضا و انّما الظاهر من أدله اعتبارها فى العقود دخالتها فى صحتها بحسب الحدوث فقط.

و اما شروط العوضين فقد بنى المصنف على استمرارها على القول بالنقل و نفى البعد عنه على القول بالكشف و ان تقدم منه عند بيان الثمره عدمه ردا على من زعم اعتبارها بتوهم ظهور الأدلّه فى اعتبار استمرار القابليه إلى زمان الإجازه على الكشف.

و تفصيل الكلام هنا انّ الشروط تاره تكون شروطا للانتقال و التمليك و التملك بمعنى انّه يشترط فى انتقال المال الى الغير و

تملكه بعض الشروط كالخمر فانّ التملك و التمليك و انتقال المال من شخص الى آخر بأىّ عنوان كان يشترط فيه ان لا يكون خمرا فمثل ذلك شرط التملك و غيره مربوط بالبيع أصلا و لذا لا يكون بغير البيع أيضا و لذا أمر رسول اللّه (ص) بإراقه الروايه من الخمر الذى أهدى اليه و هكذا كلما يكون شرطا للتملك. و اخرى يكون الشرط شرطا للبيع كعدم كون المبيع أم ولدا و من الأعيان النجسه أو المتنجسه بناء على عدم جواز

بیعهما و هکذا فانّ مثل ذلک من شـروط البیع لا من شروط التملک و الا فیصح تملک أم الولد و النجس و لذا یضمن لصاحبها من أتلفها و قـد تقدم فی بیع الکلاب القول بالضـمان علی من أتلف کلب الغیر من غیر ما یجوز بیعها ککلب الحارس و الدور و لـذا لو مات مالک تلک الأمور تنتقل الی وارثه و هکـذا کلما کان من هـذا القبیل فلا شـبهه فی عدم اعتبار اسـتمرارها ای تلک الشـروط الی زمـان الإجـازه حتی علی القول بالنقل فإنّها کانت محققه فی زمان تحقق العقـد و البیع لکفی و لأنّ الإجازه لیسـت عقدا مسـتأنفا حتی یعتبر اسـتمرارها الی زمانها و علی هذا فلو باع الفضولی أمه الغیر أو متاعه ثم صار ذلک أم ولد أو متنجسه أو نجسه فعلی القول بـالکشف لا ـ شـبهه فی صـحه البیع لو اجـازه المالک لحـدوث التولیـد و التنجیس فی ملک الغیر فإنّ بالإجازه تنکشف انتقالهـا إلی المشتری من زمـان العقـد و کون التولیـد و التنجس واقعـا فی ملک المشتری فانّ ما لا یجوز انّما هو بیع أم الولـد أو النجس و الفرض هنـا انهمـا حصـلا فی ملـک المشتری لا ـ انهمـا حصـلا قبل البیع لیمنع عنه و البیع انّما تحقق فی زمان تحقق العقد و لیس الإجازه إلا إجازه ذلک العقد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۰۷

لا انّها عقـد جدید و کک علی القول بالنقل أیضا لا یبعد ذلک فإنّ الملکیه و ان لم تحصل إلا فی زمان الإجازه و لکن الإجازه هنا أیضا لیس عقـدا جدیـدا بل هی اجازه للعقد السابق المتحقق فضوله فیکون البیع حاصـلا قبل ان تصـیر الأمه أم ولد أو یکون المبیع

نجسا و انّما صارا كـذلك قبل الانتقال الى الغير فلا شـبهه فى جواز ذلك فلـذا يتوارث الوارث و بالجمله انّ الإجازه ليست عقدا جديـدا و انّما هى إمضاء للعقـد السابق الذى بيع أو نكاح فقد تحقق عنوانه و انّما الاسـتناد يكون بالإجازه ليكون بيعا للمالك أو نكاحا له و هكـذا و الا فاصل العقـد على القولين قـد تحقق عنـد العقـد نعم ما هو شـرط التمليك و الانتقال فلا بدّ من بقائه إلى زمان الإجازه.

فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرا ثم انقلب إلى الخليّه فهل يحكم بصحه الانتقال هنا المستلزم صحه البيع أم لا

اما على الكشف فلا شـبهه فى صحه البيع لكون القلب و الانقلاب فى ملك الغير و اما على النقل فالظاهر بطلان البيع لعدم صحه النقل حين الإجازه فإن ما وقع عليه العقد لم يبق على حاله و ما هو موجود فإنّما هو ملك جديد لم يقع عليه العقد لتبدل الصوره النوعيه فـإنّ الخمر و الخـل فى نظر الشـارع من الصور النوعيه المتخلفه كمـا إذا فرضـنا انّه باع الفضولى عبـدا ثم صار ذلك كلبا حقيقه لاـ إنسانـا فى صوره الكلب ثم تبـدل إلى الإنسانيه فإنّ الإنسان الثانى غير الإنسان الأول فلا يصـح ذلك البيع بالإجازه لما ذكرناه إذا فلا بـدّ من بقاء المال على هيئته التى وقع عليها العقـد الفضولى من كونه قابلا لوقوع العقـد عليه و واجدا على شـرائط الانتقال من حين العقد الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۰۸

حين الإجازه و الا فلا يصح انتقاله الى الغير بالعقد ففى الحقيقه مثل هذا الشرط الذى شرط التملك شرط للانتقال أولا و بالذات و يكون شرطا للبيع ثانيا و بالعرض فإنّه إذا لم يصح الانتقال لم يصح البيع أيضا كما هو واضح.

الأمر الثانى فى معرفه المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا مع تعينه

اشاره

و يقع الكلام هنا فى جهتين

الاولى فى انّه هل تصح– الإجازه على تقدير الوقوع أم لا

كمـا إذا يقول لو بيع مـالى فضوله أو أوجرت دارى فقـد أجزته و الثـانيه هـل يمكن تعلق الإجـازه بالأـمر المبهم أم لاـ امـا الجهه الأـولى فقـد حكم شـيخنا الأنصارى ببطلان الإجازه لكونه تعليقا فيما هو بحكم العقـد فإنّ الإجازه و ان لم تكن عقـدا الا انّه فى حكم العقـد فحيث ان التعليق فى العقد باطل فيكون فيما هو بحكم العقد أيضا باطلا و أضاف إليه شـيخنا الأسـتاذ انّ الإجازه من الإيقاعات فالتعليق فى الإيقاعات لا يعقل.

امـا مـا افاده شيخنا الأنصـارى ففيه أولاـ لاـ دليـل على بطلان التعليق فيما هو فى حكم العقـد فإنّ عمـده الـدليل على بطلانه هو

الإجماع كما تقدم فالمتيقن هو بطلانه فى نفس العقد لا ما فى حكمه و ثانيا انّه تقدم فى السابق انّ التعليق فى العقد موجب للبطلان إذا كان بأمر خارج عن العقد و اما لو كان على أمر يكون مقوّما له و داخلا فيه فلا دليل على بطلانه بل هو فى جميع العقود موجود و ان لم يصرح به فلو كان مثل ذلك موجبا للبطلان للزم الحكم ببطلان جميعها و هذا نظير ما إذا قال ان كنت زوجتى فأنت طالق أو ان كان هذا مالى فبعته فكك الإجازه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۰۹

و امّا ما افاده شيخنا الأستاذ فلم نعقل له معنى محصّلا حيث انّ التعليق فى الإيقاع قد وقع فى الشريعه المقدسه فكيف له الحكم بكونه غير معقول فى الإيقاعات كالتدبير فإنّه من الإيقاعات مع كونه معلقا على الموت و كالوصيه بناء على كونها من الإيقاعات كما هو الحق فإنها متوقفه على الموت بل عرفت ان الدليل على بطلانه

انّما هو الإجماع فالمتيقن منه ليس الا العقود فلا علم لنا لدخول الإيقاعات معقده فلا يضرّ فيها التعليق.

و اما الجهه الثانيه أعنى إمكان تعلق الإجازه بالأمر المبهم

فهى متفرعه على الجهه الاولى و لذا قد مناها على عكس ما فعله المصنف فقد نزل المصنف هنا الإجازه منزله الوكاله فما لم يبلغ الأمر فى ذلك الى مرتبه لا يصح معه التوكيل يصح ان تتعلق به الإجازه.

و الظاهر جواز تعلّقها بالأمر المبهم إذا لم نقل بكون التعليق فيها مضرّا كما إذا لم يدر المجيز ان الواقع بيع داره أو إجارته أو بيع الفرس أو غير ذلك فيقول أجزت ذلك الأمر الواقع ان كان إجاره- فأجزت الإجاره و ان كان بيعا فأجزت البيع و هكذا و هكذا و لا يلزم معرفه المجاز و لا يضرّ عدم المعرفه بصحه الإجازه و هذا نظير ان يعطى احد ماله لشخص بذلا فعلم ذلك و لكن لا يدرى انّه اىّ شى ء فيقول أجزته فهل يتوهم احد عدم صحه ذلك بل هذا أوضح من الوكاله فانّ فى الوكاله و ان كان يصح تعلقها بالأمر المبهم و لكن يشترط فى صحه ذلك وجود جامع بين تلك الأفراد التى كان المأذون فيه مبهما بينها و الا فلا يصحّ التوكيل بالفرد المردد و هذا بخلافه هنا فإنّ الإجازه تتعلق بالواقع المردد بين الافراد الكثيره و ان لم يكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۱۰

بينها جامع فانّ التردد لا يمنع عن ورود الإجازه إلى مورده و محله فى الواقع و هذا نظير إتيان أربعه ركعات من الصلاه الرباعيه بقصد إتيان الواقع إذا علم بكون ذمته مشغوله بأربعه ركعات من الصلاه مع الجهل بخصوصياتها.

و من هنا يظهر بطلان ما فى كلام شيخنا الأستاذ حيث قال انه

لا- يجرى فى المقام ما يجرى فى الوكاله فإنها تصح على نحو الإطلاق و ان لم تصح على نحو الإبهام و اما الإجازه فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الإطلاق لأنّ عقد الفضولى وقع على شى ء خاص و هو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الأدله الداله على نفوذ الإجازه بل حكمها حكم تعلق الوكاله بالأمر المبهم التى لا اعتبار بها عند العقد و وجه البطلان انّ ما تقع عليه الإجازه و ان كان امرا شخصيا غير قابل للإطلاق لا كليّا قابلا للإطلاق الا انّ اشتراط كون متعلقها امرا قابلا للإطلاق بلا دليل بل انّما تكون الإجازه واقعه على موردها و ان كانت المحتملات كثيره و بالغه الى حد لا تصح ان تتعلق به الوكاله فإنّه بناء على جواز التعليق فيها تنحل ذلك الى قضايا عديده فيكون التقدير ان كان هذا العقد واقعا على مالى فأجزته و ان كان ذلك فأجزته و هكذا و بالجمله انّ الإجازه بعد صدورها من أهلها ترد على محلها و ان كان المحل من الإبهام بمكان فانّ توجهها الى العقد الواقع على ماله و ان كان امرا شخصيا غير قابل للإطلاق فيقول المجيز أجزت الواقع على ما هو عليه ان كان كذا فكذا ان كان كذا فكذا.

الأمر الثالث ان العقد المجاز امّا أول عقد وقع على مال نفسه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۱۱

أو أخر عقد وقع على ماله أو أول عقد وقع على عوض ماله أو أخر عقد وقع على عوض ماله فهذه أربعه صور ثم انّه امّا العقد الوسط بين عقدين واقعين على مورد العقد الوسطى أو وسط بين العقدين الواقعين على بدله أو على الاختلاف و على كل من هذه الأربعه فاما ان ذلك العقد الوسط

واقعا على عين مال الغير فيتشعب من اجازه الوسط ثمانيه صور فيرتقى المجموع إلى اثنى عشر صور و توضيح ذلک انّما يکون فى ضمن مثال فلو باع الفضولى عبد المالک بفرس و باع مشترى ذلک الفرس بدرهم و باع الأخر العبد بکتاب ثم باع الأخر العبد بدينار و باع الأخر الدينار بجاريه.

فهذه البيوع الخمسه حاويه لبيع واقع على مورد ابتداء و هو بيع العبد بفرس و بيع واقع على مورد ذلک البيع الأول وسطا و هو بيع العبد بکتاب و بيع واقع على ذلک المورد لا حق و هو بيع العبد بدينار و حاو أيضا على بيع وارد على بدل العبد و هو بيع الفرس الذى بدل العبد بدرهم و على بيع وارد على بدل العبد أيضا و لکن لاحق و هو بيع الدينار بجاريه فهل تکون اجازه العقد الوسط الذى بيع العبد بکتاب الذى وقع قبله عقد على مورده و عقد على بدله و کذلک بعده اجازه السابق و اللاحق أو ليس إجازه لشى ء منها أو نقول بالتفصيل فيتضح بذلک المثال حکم المقام فتاره نتکلم على الکشف و آخر على النقل امّا على الکشف فلو أجاز مالک العبد بيع العبد بکتاب فيکشف ذلک ان العبد من حين العقد صار ملکا لمالک الکتاب و الکتاب صار ملکا لمالک العبد و وقع بينهما التبادل و اما بيع العبد بفرس فيکون باطلا لکونه واقعا فى مال الغير و لم تتعلق به

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۱۲

الإجازه من المالک فيقع باطلا.

و اما بيع الفرس بدرهم فهو أمر أخر أجنبى عن بيع العبد فيکون فضوليّا و موقوفا على اجازه مالکه.

و اما العقود اللاحقه فيصح کلاهما فإنه بعد

كون العبد ملكا لمالك الكتاب من حين العقد كما هو المفروض على الكشف فقد باع هو ماله بدينار فيكون الدينار ملكا له أيضا من حين العقد فإذا باعه بجاريه فيصح بيع الجاريه أيضا.

و اما على النقل فحكم العقود السابقه على بيع العبد بكتاب حكمها على طريقه الكشف فى كل من العقد الوارد على مورد العقد المتوسط و العقد الوارد على مورد بدله فيحكم ببطلان بيع العبد بفرس و بصحه بيع الفرس بدرهم مع الإجازه و اما العقود اللاحقه- فحيث ان الإجازه ناقله من حينها فيكون العقد الواقع على العبد مع الكتاب موجبا للنقل و الانتقال من حين الإجازه فيكون العبد ملكا لمالك الكتاب من زمان الإجازه و اذن فيكون بيع مالك الكتاب العبد بدينار قبل اجازه مالك العبد المبادله الواقعه بين العبد و الكتاب بيعا لما لا يملك و ما ليس عنده فيتوقف صحته و عدمه مطلقا أو مع الإجازه و عدمها على ما تقدم من بيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فراجع.

قوله الثالث المجاز اما العقد.

أقول و حكم المسأله فى غايه السهوله و لكن تصويرها فى غايه الصعوبه و قد ذكره المصنف و أوضحه بامثله و نحن أيضا نوضح المسأله بالمثال الذى ذكره المصنف و لكن نحلّله الى مثالين لأجل التوضيح

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۱۳

و حاصل ما ذكره المصنف من تصوير تعلق الإجازه بالمجاز قبل تصويره بمثال هو ان العقد المجاز اما هو العقد الواقع على نفس مال الغير أو العقد الواقع على عوض مال الغير و على كلا التقديرين فامّا ان يكون المجاز أوّل عقد وقع على مال الغير أو عوضه أو آخره أو عقدا بين سابق و لا حق

واقعين على مورده أو بـدله أو بالاختلاف و محصـله ان العقـد المجاز تاره يكون أول عقـد وقع على عين مال الغير و أخر يكون أخر عقـد وقع على عين مال الغير و ثالثه يكون أوّل عقـد وقع على بدل مال الغير و رابعه آخر عقد وقع على بدل مال الغير فهذه أربعه صور و أيضا قد يكون المجاز العقد المتوسط فهو تاره يكون وسـطا بين عقدين واقعا على مورده و اخرى يكون وسطا بين عقـدين واقعا على بـدل مورد هـذا العقـد الوسـطى و ثالثه يكون العقـد السابق منه واقعا على مورده و اللاحق به واردا على بـدل مورده و رابعـا يكون عكس ذلـك فهـذا العقـد الوسـط الـذى يكون موردا للإجازه تاره يكون واقعا على عين مال الغير و اخرى على بـدله فتكون هـذه على ثمـانيه أقسام و مع إضافه الأقسام الأربعه إليها ترتقى إلى اثنى عشـر قسـما فنوضـح ذلك بتقسـيط ما ذكره المصـنف من المثـال الى مثـالين و يجمع جميع ذلـك مثالاـن بتقسـيط الفرض إليهما ممّا مثله المصـنف الأول نفرضه فيما يكون العقـد المجـاز واقعـا على المـال لا العقـد الواقع على بـدله و تصويره انّه لو باع شـخص فضوله عبـد المالك بفرس ثم باع البائع- الفرس بـدرهم و باع المشترى العبـد بكتاب و باع صاحب الكتاب العبـد بـدينار و باع الـدينار بجاريه و قـد وقع هنا عقود خمسه و الوسط منها مسبوق بعقدين وقع أحدهما على مورده اعنى بيع العبد بفرس و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۱۴

الأـخر على غير مورده اعنى بيع الفرس بـدرهم و ملحوق أيضا بعقـدين أحـدهما واقع على مورده و هو بيع العبـد بـدينار و الآخر واقع على غير مورده

و هو بيع الـدينار بجاريه و مرادنا من اشتراك المورد كون المال الـذى يكون ثمنا أو مثمنا متحـدا مع العقد الأخر فى هذه الجهه أى كما انه ثمن أو مثمن فى هذا العقد و كك هو أيضا ثمن أو مثمن فى ذلك العقد.

فلو أجـاز العقـد الوسـط فبناء على الكشف فتكشف كون العبـد ملكا للمشترى أعنى صاحب الكتاب من حين العقـد فيكون بيعه العبد بدينار بيعا واقعا فى ملكه و هكذا بيع الدينار بجاريه فإن جميع ذلك متفرع على اجازه العقد الوسط و كونه موجبا لحصول الملكيّه من حين العقـد كما هو مقتضـى الكشف و اما العقـدين السابقين على المجاز فالعقـد الذى ورد على مورد العقد الوسـط اعنى بيع العبـد بفرس فيكون باطلاـ فإنّه لم يتعلق به الاذن اللاحق و خرج عن قابليه لحوق الإجاره به بإجازه العقـد الوسط لعـدم بقاء الموضوع له فانّ مالك العبد قد أجاز بيعه بكتاب فاجازه بيعه بكتاب لا يستلزم صحه بيعه بفرس اعنى العقد السابق.

و اما العقـد السابق الواقع على بدله اعنى بيع الفرس بدرهم فهو عقد آخر غير مربوط ببيع العبد بكتاب و ليس بينهما ملازمه ليلزم من اجازه بيع العبـد بكتاب اجازه بيع الفرس بـدرهم بل هو عقـد مسـتقله وقع على مال الغير فضوله فإن أجاز المالك صـح و الا فلا.

و اما على النقل فبالنسبه إلى العقدين السابقين الكلام هو الكلام و اما بالنسبه إلى العقدين اللاحقين فان قلنا بصحه بيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۱۵

مال الغير لنفسه ثم ملكه سواء قلنا بصـحته مع الإجازه المتأخره أو بدون الإجازه فيكونان أيضا صـحيحين و الا فيكونان باطلين لا من جهه عدم التفرع بين العقد الوسط و بينهما

بل من جهه كونها من صغريات بيع ما ليس عنده كما تقدم.

و من هنا ظهر انّه لو أجاز العقد الأول فإنّه يستلزم صحه العقود المتأخره بأجمعها و لو أجاز العقد الأخير فإنّه لا يستلزم صحه العقود المتقدمه بل ما يكون واردا على مورده فيبطل و ما لا يكون واردا على مورده يتوقف صحته على الإجازه.

بقى هنا أمران لا بدّ من التعرّض لهما الأول انّ اجازه العقد لا يستلزم صحه العقود السابقه إذا أجاز المالك ذلك العقد لنفسه كما عرفت و اما إذا أجاز للبائع فيصح بذلك العقود السابقه أيضا و ذلك لانّ صحه بيع العبد بكتاب و كونه للبائع يستلزم صحه بيع العبد بفرس فإن صحه بيع العبد بكتاب متفرع على صحه بيع العبد بفرس فإنه لو لم يكن بيع العبد بفرس صحيحا لا يكون العبد منتقلا إلى المشترى و لا يصح بيع المشترى ذلك العبد بكتاب صحيحا فانّ موردهما واحد اى البيعان وردا على العبد و ان كان البائع فى أحدهما هو الفضولى و فى الأخر هو المشترى و إذا صح بيع العبد بفرس فيستلزم ذلك صحه بيع الفرس بدرهم أيضا من غير توقف على الإجازه فإن لازم صحه بيع العقد بفرس و كون العبد للمشترى ان يكون الفرس للبائع و الا فلا يصح بيع العبد بفرس و إذا لم يصح العبد بفرس فيستلزم ذلك عدم صحه بيع العبد بكتاب مع انا فرضنا صحته بإجازه المالك فيعلم من ذلك كون الفرس للبائع فإذا كان له فيصح بيعه بدرهم من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۱۶

غير توقف على الإجازه لكونه بيعا لما له و واقعا فى ملكه.

ثم انّ هذا الذى ذكرناه انما هو على

الکشف و اما علی النقل فیتوقف أیضا علی المسأله السابقه من توقف البیع علی الملک و الا فیبطلان کما هو واضح.

الأمر الثانی انّ مرادنا من استلزام اجازه واحد من العقود- صحه العقود اللاحقه العقود الطولیه الرتبیّه التفرعیّه ای یکون العقد اللاحق أو السابق متفرعا علی العقد المجاز و لازما له أو ملزوما علیه بحیث یکون مشتریه أو بایعه بائعا أو مشتریا للآخر الذی یتفرع صحته علی العقد المجاز بحیث تکون رتبته متأخره عن رتبه العقد المجاز و ان لم یکن لا حقا له بحسب الزمان کما تقدّم انّ اجازه عقد الوسط یستلزم صحه العقود السابقه إذا کان ذلک للبائع.

و امّا إذا لم یکن بینها ملازمه و ان کان بینها طول بحسب الزمان فلا یستلزم أجازته صحه العقود اللاحقه کما إذا فرضنا انّه باع الفضولی العبد بفرس و باع شخص آخر ذلک العبد بحمار و باع ثالث ذلک العبد ببقر و باع رابع الفرس بدرهم و هکذا فأجاز المالک بیع العبد بحمار فلا یستلزم ذلک شیئا من صحه العقود السابقه أو اللاحقه لعدم الارتباط بینها بوجه بل کلها أجنبیّه عن العقد المجاز کما هو واضح.

و من هنا صح.

دعوی الکبری الکلیّه فی المقام علی استلزام اجازه العقد صحه الأخر و هی انّه کلما کان بین عقدین ملازمه اما بکون الأول لازما و الأخر ملزوما أو العکس فاجازه أحدهما مستلزم لإجازه الأخر و الا فلا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۱۷

فهذه کبری کلیّه مختصره لضابطه ذلک و بعباره أخری أجاز عقد یوجب صحه کلّ عقد یرتبط به بوجه من الارتباط و یکون من شئونه و الا فلا.

المثال الثانی ان یکون المجاز هو العقد الوسط أیضا و لکن

واقعا على بـدل مال الغير فنوضح ذلك أيضا بما ذكره الشيخ كما إذا فرضـنا انّ الفضولى باع العبد بفرس و باع الفرس بدرهم و باع الـدرهم برغيف أو اشترى به رغيفا ثم بيع الـدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فبيع الـدرهم برغيف عقد وسط واقع على بدل مال الغير و هو الـدرهم فإنه بـدل الفرس الـذى بـدل العبـد و قبله عقـدان أحـدهما وارد على مورده و هو بيع الفرس بـدرهم فانّ الـدرهم أيضا مورد العقد الوسط و الثانى بيع العبد بفرس غير وارد على مورده و كك بعده عقدان- أحدهما وارد على مورده و هو بيع الـدرهم بحمـار و الثانى غير وارد على مورده و هو بيع الرغيف بعسل فلو أجاز العقـد الوسط اعنى بيع الـدرهم برغيف أو اشتراء الرغيف بدرهم فهو على الكشف يسـتلزم صحه العقود السابقه أيضا فإنّ صحه بيع الدرهم برغيف يستلزم صحه بيع الفرس بـدرهم فـإنّه لو لم يصـح ذلك لا ينتقل اليه الـدرهم حتى يجيز بيعه برغيف و صـحه بيع الفرس بـدرهم يسـتلزم صـحه بيع العبد بفرس و الا فلا يكون الفرس له ليكون الدرهم له ليجيز بيع الدرهم برغيف أو- اشتراء الرغيف بدرهم.

و امـا على النقل فتكون البيوع السابقه واقعه فى غير ملك المالك لعـدم كون البائع مالكا فان قلنا بصـحتها مع الإجازه أو بـدونها فبها و الّا فتبطل. و اما العقود اللاحقه فبيع الـدرهم بحمار الـذى وقع على مورد العقـد الوسط يكون لازما لصـحه الوسط بالإجازه على الكشف لكون الدرهم ملكا للمالك بعد اجازه العقد الوسط على الفرض فيكون اشتراء الحمار به

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۱۸

أو بيعه بحمار فى ملك مالكه. و امّا بيع الرغيف

بعسل فيكون عقدا فضوليّا موقوفا على اجازه المالك لانّه غير ملازم لإجازه بيع الدرهم برغيف.

و بالجمله الحكم فى هذا المثال على عكس المثال الأول كما عرفت.

و من هنا ظهر بطلان ما ذكره المصنف من ان العقود المترتبه على مال المجيز لو وقعت من أشخاص متعدده كان اجازه وسط منها فسخا لما قبله و اجازه لما بعده على الكشف و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر و وجه البطلان أشار انّ تعدد الأشخاص و انفراده ليس ميزانا فى المقام بل المناط هى الملازمه بين المجاز و العقود الآخر و الا فيمكن ان يصدر العقد من الأشخاص العديده و مع ذلک يكون المجاز فقط صحيحا و إن كان وسطا كما تقدم نظيره مثل وقوع العقود المتعدده الفضوليه على شى ء واحد فأجاز المالک الوسط و هكذا من شخص واحد و كذلک ظهر بطلان ما ذكره الشهيد و غيره فى الإيضاح و الدروس من انّ العقود المترتبه لو وقعت على المبيع صح و ما بعده و فى الثمن ينعكس فان كل ذلک لا يكون ميزانا هنا كما يظهر وجهه بالتأمل.

قوله ثم ان هنا إشكالا فى شمول الحكم لجواز تتبع العقود- لصوره علم المشترى بالغصب.

أقول و قد أشار العلامه الى ذلک الاشكال و أوضحه قطب الدين و الشهيد على ما فى المتن فحاصله ان المشترى مع العلم بكون البائع غاصبا يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و هكذا لو علم البائع بكون الثمن غصبا و ان كان المفروض فى كلامهم هو الأول و لكنّه من باب المثال و على هذا فلا ينفذ فيه اجازه المالک المجيز اى المغصوب منه بعد تلفه

أی الثمن المدفوع عوضا عن المغصوب بفعل المسلط بان یدفعه مثمنا عن مبیع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۱۹

اشتراه لعدم بقاء الموضوع للعقد الأول. نعم لا یجری ذلک مع الجهل فان التسلیط هنا غیر مجانی.

و بالجمله انّ ما دفع الی الغاصب مع العلم بکونه غاصبا غیر قابل لان یکون ثمنا من مال الغیر لانه قد یسلط الغاصب علیه مجانا فبعد ما نقله الغاصب الی الغیر بجعله ثمنا أو مثمنا قبل ان یجیزه المغصوب منه فلا یبقی موضوع للإجازه لبقاء المغصوب بلا عوض.

و هذا الاشکال مبنی علی أن مال المسلط مع العلم بکون- البائع غاصبا یکون تالفا من کیسه بعد إتلافه الغاصب ببیع و نحوه لانّه قد أذهب احترام ماله بتسلیط الغیر إیاه فیکون عند التلف تلفا من کیسه.

نعم مع بقاء العین تصح اجازه المالک البیع الأول.

نعم یمکن أن یقال بعدم صحه البیع الأول بإجازه المالک حتی مع بقاء عین مال المسلط بناء علی انّه مسلّط الغیر علی ماله مجّانا فاذهب به احترام ماله فیکون بذلک داخلا فی ملک الغاصب من الأول فیکون مال المغصوب منه بلا عوض فیبطل البیع فلا تبقی هنا صحه تأهلیّه لتکون فعلیه بإجازه المالک المجیز و علی هذا لا وجه للقول بانّ اجازه العقد الوسط الواقع علی الثمن اجازه لما قبله أو إذا وقع العقود المترتبه من أشخاص متعدده صح اجازه العقد الوسط و ما بعده و ان وقعت من شخص صح الوسط المجاز و ما قبله أو ما ذکرناه من المیزان الکلّی فی ذلک من انّ اجازه عقد من العقود المترتبه یستلزم اجازه جمیع ما یتعلق بها و الوجه فی ذلک کله یظهر بالتأمل- و لکن هذا الاشکال لیس

بصحيح لوجوه قد أشار إليه الفخر رحمه اللّه عليه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۲۰

الأول بفساد المبنى بأنّه لا دليل على كون مال المسلط ملكا للغاصب مع علمه بكونه غاصبا و ذلك فإنّه قد سلّطه على ماله بعنوان البيع لان يكون المعوض له عند اعتبارهم فيكون دليل اليد محكما مع بطلان البيع فيكون المال باقيا على ملك المسلّط فلا يكون علمه بذلك موجبا لتخصيص قاعده اليد و قد تقدم فى ما لا يضمن انّ الملكيه العقلائيه القائمه باعتبارهم أو الملكيه عند المتبايعين غير مربوطه بالملكيه الشرعيه فإقدام المسلّط على المعامله مع علمه بكون البائع غاصبا لا يقدم على تلك المعامله مجانا بل يسلطه على ماله بعنوان المعاوضه و ان لم تكن حاصله عند الشارع فيكون ماله غير داخل على ملك الغاصب اذن فإذا أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب على ماله فيكون صحيحا.

و بالجمله بعد ملاحظه إقدام المشترى على المعامله المعاوضه و عدم تسليطه الغاصب على ماله مجانا بل بعنوان المعاوضه و لو عند العقلاء فلا وجه لتوهم كون المقام خارجا عن قاعده اليد تخصيصا و كون ماله ملكا للغاصب مجانا.

الثانى ان هذا الاشكال على تقدير صحته انما لا يجرى على الكشف بل يختص بالنقل و ذلك فإن منشأ الاشكال انما هو توهم أن المالك سلّط الغاصب على ماله تسليطا مجانيا فلا تصل النوبه إلى إجازه المجيز لعدم بقاء الصحه التأهليه للعقد حتى تنضم إليه الإجازه لأنه سلّط الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد الفضولى الا ان هذا المنشأ غير موجود هنا فان تسليطه الغاصب على ماله تسليط بعد تحقق البيع و لو بعديه رتبيه كما فى المعاطاه فيكون ذلك وفاء للثمن الذى

لزم عليه بالمعاوضه لا انه تمليك مستقل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۲۱

ليوجب انعدام العقد الأول و سقوطه عن الصحه التأهليه و ليس تسليطه الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد بل مع فرض صحته نعم بناء على النقل يمكن جريان ذلك الاشكال مع الإغماض عن الجواب الأول فإنه بناء عليه قد وقع التسليط قبل اجازه المجيز فمع كونه الغاصب مالكا على ما سلّطه عليه بتسليط المالك لا يبقى- موضوع للإجازه فإنّها متفرعه على كون ما أخذه الغاصب بعنوان الثمن للمغصوب عوضا لذلك فبعد ما كان مالكا لنفسه فلا يكون عوضا عنه فيبقى المغصوب فى ملك مالكه فيكون الثمن أيضا للغاصب اما مطلقا أو مع التلف مع الإغماض عن الجواب الأول.

الثالث انه لا يتم على النقل أيضا و ذلك لانّ الإجازه و ان كانت بعد التسليط و انّ الملكيه و الاستناد انما يحصلان عند الإجازه لا قبلها كما هو المفروض على النقل و لكن التسليط من المشترى انّما وقع بعنوان أن يكون المغصوب ملكا له بالإجازه المتأخره فيكون التسليط مقيدا بذلك لا انّه وقع مطلقا و على كل تقدير ليكون التسليط مجانيا فإذا كان تسليط المشترى الغاصب على ماله بعنوان المعاوضه بحيث يكون مراعى على اجازه المالك تتم المعاوضه من جميع الجهات فلا وجه لتوهم أن التسليط انّما وقع مجانا و بالجمله أن مقتضى تسلّط الناس على أموالهم هو تبعيه تسليط الغير على ماله على قصده و ارادته و غير خفى أن قصد المشترى ان يكون المغصوب مالا له فى مقابل ما يعطيه من الثمن بحيث تكون هنا معاوضه و حيث ان- الغاصب ليس مالكا على المثمن فيكون العقد من طرفه فضوليّا فقهرا يكون

التسليط مراعى على اجازه المالك لكونه واقعا بقصد المعاوضه فإن أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب فيكون صحيحا و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۲۲

الا ـ فيكون مالا ـ للغاصب اما مطلقا أو مع التلف مع الإغماض عن الجواب الأول و السّر فى ذلك ان الإجازه ليست بيعا ليكون التسليط الواقع من المالك أعنى المشترى تسليطا مجانيّا لوقوعه على غير عنوان البيع و خارجا عنه بل انما هى من الأحكام الشرعيه الثابته على الملاك كجواز البيع و جواز الأكل و جواز الشرب و غير ذلك اذن فيكون البيع حاصلا من زمان العقد على النقل أيضا و ان كانت الملكيّه و الاستناد الى المالك و شمول العمومات من زمان الإجازه فح لا يكون التسليط الحاصل من زمان العقد الا بعنوان البيع و موقوفا على الإجازه فان لم تحصل فيكون مالا للغاصب.

و بعباره أوضح ان منشأ الاشكال ان البيع الفضولى الصادر من الغاصب حيث كان باطلا لعلم المشترى بكونه غير مالك و انّ ما يقع عليه العقد مال مغصوب فيكون تسليط الغاصب على ماله فى ذلك الفرض و بهذا العلم تسليطا مجانيا فلا يبقى موضوع للإجازه لتصحيح البيع الصادر من الغاصب امّا مطلقا لو قلنا لكونه مالكا لما أخذه من المشترى ابتداء أو بعد التلف بالنقل الى الغير فى بيع أو هبه أو نحوهما و إذا منعنا ذلك المنشأ و قلنا انّ التسليط ليس على فرض بطلان البيع بل مع فرض صحته التأهليه و لو بكون التسليط على هذا الفرض مراعى على الإجازه فلا وجه حينئذ لتوهم البطلان كما لا يخفى و هنا اشكال رابع قد أشار إليه فى الإيضاح و حاصله ان المشترى و ان سلّط

الغاصب على ماله الا انّه متعلق حق الغير من جهه انّ للمالک المغصوب منه أن يجيز العقد الصادر من الغاصب فضوله فيكون مال المشترى ملكا له فى مقابل ماله بإجازته لكونه أسبق من الغاصب و اولى منه فانّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۲۳

و أخس الأطوار.

و فيه انّه لا منشأ لأخذ الغاصب بأشق الأحوال و أخسّها بل هو كغيره من الضامنين لمال الغير فيكون ضامنا على ما أخذه من الغير غصبا و عدوانا و أما الزائد عن ذلك فليس عليه دليل و اما توهم أن مال المشترى متعلق حق المالك المجيز فهى الإجازه ففيه انک قد عرفت مرارا أنّ الإجازه من الأحكام الشرعيه مثل جواز البيع و جواز الأكل و الشرب فكما أنّ للمالك أن يبيع و أن يأكل و أن يشرب و هكذا له أن يجيز البيع الواقع على ماله و ليس ذلک من الحقوق و من هنا قلنا أن الإجازه لا تنتقل الى الوارث بالموت أى بموت المالک المجيز و على هذا فيمكن ان يكون مال المشترى ملكا للغاصب بالتسليط قبل الإجازه فلا يبقى موضوع أصلا لإجازه المالك ليكون ذلك ثمنا عن ماله كما هو واضح فهذا الاشكال ليس بتمام فى أحكام الرد.

قوله رحمه اللّه مسأله فى أحكام الرد.

[القول فى تحقق الرد بالفعل و القول]

اشاره

أقول تحقيق المسأله فى ضمن جهات الاولى أنّ هذا البحث انّما له ثمر إذا قلنا بأن العقد الفضولى بعد ما ردّه المالك لا تبقى له صحه تأهليّه لانضمام الإجازه إليها و الا فلا اثر له من هذه الجهه و قد تقدم انّه ليس للمالك إلغاء العقد عن ذلك و إسقاطه عن قابليته لحوق الإجازه اذن فلا اثر لهذا البحث من هذه الجهه فإنّ العقد الفضولى

بعد ردّه المالک فقابل لأن تتعلق به الإجازه و یکون صحیحا أیضا بعد الرّد.

الجهه الثانیه فی انّه هل یتحقق الرد بالفعل کما یتحقق بالقول أو لا بدّ من تحققه من القول مثل فسخت و نحوه فقال العلامه الأنصاری رحمه اللّه یتحقق ذلک بالقول الصریح و بالفعل مثل الهبه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۲۴

و العتق و البیع و نحو ذلک من التصرفات الناقله و المعدمه لعلامه الملکیه و لکن شیخنا الأستاذ تقبل الکبری و إمکان تحقق الرد بالفعل لکونه کالقول فی ذلک الا انّه منع الصغری و عدم إمکان تحققه بمثل العتق و الهبه و البیع و نحوها و الوجه فی ذلک أن هذه الأمور لا دلاله فیها علی رد العقد الفضولی السابق علیها سواء التفت المالک بها حین صدور تلک التصرفات منه أو لم یلتفت بها فیبقی العقد مع ذلک علی قابلیته الأولویه و صحته التأهلیه بانضمام الإجازه الیه و لا یقاس ذلک بالفسخ بالخیار فإنّه إزاله علاقه الملکیه فتتحقق بکل ما یکون منافیا لکونه ملکا للغیر بخلافه هنا فان الرّد إسقاط العقد عن قابلیته لحوق الإجازه به فلا یتحقق الا بما یکون صریحا فی ذلک و فیه ان ما ذکره هو و المصنف من الافعال کالعتق و الهبه و البیع و نحوها لا یتحقق بها الرّد الا انّ الافعال غیر مضرّه بها بل یمکن ان یتحقق ذلک بالإشاره و الکتابه بان یسئله احد هل رددت العقد فیشیر برأسه علی ذلک أو یکتبه.

و بالجمله انّ ردّ العقد کامضائه بل کإنشائه من الأمور المتوقفه علی الإنشاء و الإبراز فیتحقق بکل ما یکون قابلا لذلک.

ثم بعد عدم تحقق الرد بالتصرفات الناقله فإذا باع المالک ماله

الذی وقع علیه العقد قبله فضوله أو وهب أو کان عبدا فعتقه ثم أجاز البیع السابق الفضولی فهل تصح ذلک الإجازه بحیث یکون تلک التصرفات الناقله باطله أو یجب علیه أداء بدله أ تکون الإجازه باطله و التصرفات صحیحه أو یفصّل بین القول بالکشف فنقول ببطلان التصرفات و بین القول بالنقل فنقول ببطلان الإجازه وجوه و قد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۲۵

فصلّ المصنف بین القول بالکشف الحقیقی و بین القول بالنقل.

و قال ان صحه الإجازه توجب بطلان التصرفات فلو کانت التصرفات صحیحه لمنعت عن صحه الإجازه فاذن تکون صحه الإجازه مع صحه تلک التصرفات متناقضه فإنه لا یمکن الالتزام بصحه کلتیهما و الا فیلزم الحکم بکون المالک المجیز مالکا لثمنین بل لا بدّ اما من القول ببطلان التصرفات أو القول ببطلان الإجازه أو القول بکون ما فعله المالک المجیز من التصرفات محتاجا إلی اذن المشتری لکونها واقعه علی غیر وجهها فأشار المصنف إلی الأول

بقوله أو البطلان

و الی الثانی

بقوله من امتناع الأخیر

و الی الثالث

بقوله أو إیقاعه علی غیر وجه

فحیث أن الملکیه حاصله من حین العقد لتأثیره فیها علی الفرض کما هو مبنی القول بالکشف فتکون التصرفات باطله و تکون الإجازه صحیحه و کاشفه عن وقوع تلک التصرفات فی ملک الغیر و أما علی النقل أو الکشف الحکمی أو الکشف الذی ذکرناه فلا تصح الإجازه بل تصح التصرفات الصادره من المالک المجیز و ذلک فإنها وقعت فی ملکه و لم تبق موضوعا للإجازه فإنها انّما تصح من المالک لو لا الإجازه لا من کلّ احد حتی من الجبران فلم تبق المالک الی زمان العقد علی هذه الصفه.

و لکن الظاهر أن الإجازه تکون

بـاطله مطلقـا و انّمـا التصـرفات تكون صـحيحه حتى على القول بـالكشف الحقيقى بأخـذ الإجازه معرفه محضه فإنك عرفت أنّ المؤثر فى العقـد الفضولى ليس هى الإجـازه المطلقه و ان صـدر من الأجـانب بـل إنمـا المؤثر منهـا هو الصادر من المالك لو لا الإجازه فإذا تصرف المالك المجيز بين العقد و الإجازه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۲۶

على نحو أوجب ذلك خروجه عن المالكيه و صار بالنسبه الى ذلك المال كأحد الأجانب فتكون إجازته ملغاه و تصح تصرفاته فإنّهـا لاـ تبقى مجالاـ لكون الإجـازه صـادره من المالـك لو لاـ الإجـازه فـإنّه و ان قلنـا بالكشف و لكن ذلك انّما هو بالإجازه المتأخره و الإجازه المتأخره انّما تصـح مع بقائه أى المالك على صـفه المالكيه على النحو الـذى كان عليه حين العقـد فحيث انه لم يبق على تلـك الصـفه فتكون أجـازته لغوا فـإذا لغت الإجازه فلا تكشف عن الملكيه من حين العقـد بل يرتفع ما يكون مؤثرا فيها و يسـقط عن الصـحه التأهليه و هـذا هو السـر فى عـدم صـحه العقد الفضولى بإجازه المالك بعد تلك التصـرفات المنافيه و بعبـاره اخرى انّـا نقول بـالكشف من جهه أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يوجب اسـناد البيع الواقع فضوله الى المالك من حين العقـد و يكون البيع بيعه و بعد ما انتقل المال قبل تحققها الى الغير و خرج عن كونه مالكا و استند اليه بيع آخر قبل الإجازه فى هذا المال بدليل الوفـاء لاـ يبقى مجـال لاسـتناد بيع آخر فى هـذا المال اليه بـدليل الوفاء و غيره و ان قلنا ان الإجازه انّما هى يتعلق بالعقـد كما هو كذلك و لكن يتعلق بالعقد فى مورد قابل و فيما يكون العقد

واقعا على ملكه و باقيا على هذه الحاله إلى زمان الإجازه ليكون مالكا الى زمانها حدوثا و بقاء و هو بعد تلك التصرفات لا يكون قابلا- لإسناد البيع الفضولى إلى نفسه بحيث يكون إسناده ذلك لنفسه بالإطلاقات موجبا للإسناد السابق عليه بتلك الإطلاقات.

و توهم ان الإجازه توجب عدم صحه تلك التصرفات المتخلّله بين العقد و الإجازه و بقائها أى العين المبيعه فى ملكه فاسد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۲۷

لكون ذلك دورا واضحا حيث الإجازه تتوقف على الملك فلو توقفت الملكيه على الإجازه و محققه بالإجازه فيلزم الدور.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۴، ص: ۳۲۷

و الحاصل ان التصرفات الواقعه بين الإجازه و العقد على أقسام الأول أن تكون منافيه للبيع السابق الواقع على العين فضوله كما إذا باعها أو وهبها للغير أو عتق إذا كان عبدا أو أمه و هكذا فإنّها منافيه لصحه البيع الفضولى بالإجازه و هذا القسم لا شبهه فى كونها موجبه لبطلان أجازته المتأخره و ذلك مضافا الى ما تقدم أنك عرفت فى بعض المباحث المتقدمه ان العمومات و الإطلاقات انّما هى خطاب للملاك و أن الوفاء بالعقد يكون متوجها الى عقدهم لا الى عقد غيرهم و انّ المراد من حليّه البيع و تجاره عن تراض حلّيه بيعهم و تجارتهم المراضاتيه و على هذا فحين ما وقع العقد على المال فليس العقد عقدا لمالكه و بيعا له لفرض صدوره من الغير فضوله و حينما يكون العقد الصادر من الغير فضوله متعلقا على ماله ليس عقدا له و بيعا مستندا اليه و حينما يكون بيعا له و مستندا إليه بالإجازه ليس عقدا

للمالک لفرض خروج المبیع عن ملکه فتکون أجازته ذلک العقد کإجازه الأجانب فلا تترتب علیها أثر بوجه.

و بالجمله لا نعقل وجها لشمول العمومات علی ذلک بعد إجازته اذن لا نعقل وجها لصحه ذلک العقد و لا یفرق فی ذلک بین الکشف بأقسامه حتی علی معرفیه الإجازه و النقل کما هو واضح نعم علی النقل أوضح و علی الکشف الحکمی واضح و سلّمنا شمول العمومات علی ذلک بالإجازه و لکن تخرج عن ذلک بدلیل المخرج فانّ مقتضی بعض الروایات المتقدمه هو عدم جواز بیع ما لا یکون مالکا عند البیع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۲۸

کقوله علیه السلام لا- توجب قبل الاستیجاب و لا تبع قبل الشراء و غیر ذلک من الروایات فانّ الظاهر منها انّ من شرائط صحه البیع ان یکون البائع مالکا عند وقوع البیع عنه سواء کان ابتداء أو بالإجازه فحیث ان المالک المجیز بعد تلک التصرفات غیر مالک فلا یکون بیعه المستند إلیه بالإجازه صحیحه فتکون تلک الروایات مخصّصه لتلک العمومات علی تقدیر شمولها لذلک کما هو واضح و من قبیل تلک التصرفات الناقله تزویج الأمه للغیر من المالک فانّ هذا لا یبقی مجالا لإجازه تزویجها الواقع فضوله لانّ المزوجه لا تکون زوجه و اما التصرفات الغیر المنافیه للعقد السابق الفضولی فهی کالاستیلاد و الإجاره و تزویج الأمه فقال المصنف

انّها و ان لم تخرج الملک عن قابلیه وقوع الإجازه علیه الا انّه مخرج له عن قابلیّه وقوع الإجازه من زمان العقد لأنّ صحه الإجازه علی هذا النحو توجب وقوعها باطله و إذ فرض وقوعها صحیحه منعت عن الإجازه فهذان لا یجتمعان.

أقول أما الاستیلاد فالظاهر أنه لا حق بالقسم الأوّل حتی

على الكشف فانّ زمان الإجازه هو زمان كون البيع بيعا للمجيز و إذا كان من شروط البيع أن يكون المبيع غير أم ولد كما هو كذلك على ما يظهر من الأدله فلا يكون بيعه هذه المتحقق بالإجازه صحيحا و إن كان لم يكن كذلك حين وقوع العقد عليه لم تكن أم ولد فانّ البيع يقع فى حال الاستيلاد نعم لو كان عدم الاستيلاد قيدا فى المتعلق كعدم كونه خمرا مثلا فيكون البيع صحيحا فانّ المجيز انّما يجيز البيع الواقع من الفضولى من زمان وقوعه و لا ريب أن متعلقه فى ذلك الزمان ليس بأم ولد و انّما حصل الاستيلاد بعده و ان كان المتعلق أم ولد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۲۹

فى زمان الإجازه فإنّه ليس بمناط.

و أما الإجازه فهى تاره تكون منافيا لما فعله الفضولى فلا يعد ذلك إجازه و أخرى لا تكون منافيه فإنّه تاره تكون الفضولى قد آجر داره من الغير من مبدء سنه الى منتهى السنه ثم آجرها المالك فى تلك السنه كذلك أى من المبدء الى المنتهى ثم يجيز ذلك العقد الفضولى فإنّه لا يصح لمنافاه العقد الصادر من المالك مع العقد الصادر من الفضولى لأن الثانى لا يبقى موضوعا لإجازه الأوّل لعدم بقاء المورد على تمليك المنفعه بالإجازه بعد تمليكه لها ابتداء بعقد الإجازه فتكون أجازته العقد الأول كإجازه الأجانب فلا تشمله العمومات فإنه عند العقد لم يستند اليه و لم يكن العقد عقده و حين الإجازه لم يكن مالكا للمنفعه لتفويتها بالإجاره.

و بالجمله انّ المالك و ان كان قد تصرف فى العين بالمنفعه الغير المخرجه عن الملكيه و لكن مع ذلك التصرف فى المنفعه لم يبق موضوعا

للعقـد الأول فتكون اجازه ذلک باطله لعـدم کون المجيز مالکا لو اجازه و ان لم يکن على نحو ليکون منافيا للعقـد الفضولی فلا تکون الإجـازه باطله کما إذا باع الفضولی دار المالک و قبل ان يجيزها المالک يؤجرها من الغير ثم يجيز البيع الفضولی ففی هنا لا يتمّ کلام المصنف لعدم منافاه العقد الصادر من الفضولی مع العقد الصادر من المالک فإنه لو کان هو بنفسه يؤجرها ثم باعها من الغير لم يکن باطله لعـدم منافاه البيع مع الإجازه لکونه واقعا فی محلّه و صادرا من اهله و هکذا إذا تحقّق البيع بالإجازه أيضـا فإنّها صادره من أهلها و واقعه فی محلّها اعنی البيع فيکون صحيحا لصحه الإجازه من-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۳۰

أهلها غايه الأمر انّ المشتری قد کان اشتری تلک الدار بشـرط المنفعه و قد صارت مسلوبه المنفعه فی مده فظهر العيب فی العين المبيعه فيثبت له الخيار و أما البطلان فلا و هـذا نظير سـکون المالک فی تلک الدار بين العقد و الإجازه فإنّه على الکشف کانت تلک المنفعه للمشتری و قد اسـتوفاها المالک و فوتها عليه فلا يمکن له ان يجيز البيع حتی مع تلک المنافع لخروجها عن الملک و صـيرورتها بالنسـبه إليهـا کالأجانب فلا بـدّ ان يخرج من عهـده تلک المنافع و مع ذلک يثبت للمشتری الخيار فتحصّل انّ عقد الإجـاره الواقعه من المالـک فليس مطلقـا على نحو لاـ تبقی مجالاـ للعقـد الأول الفضولی و تکون منافيه لصـحه التأهليه و تکون موجبه لخروجهـا عن قابليه الإجازه به و کونه صـحيحا بالإجازه کما لا يخفی و من هنا ظهر حکم ما لو باع الفضولی امه المالک ثمّ زوّجها المالک من

الغیر فانّ ذلک لا یوجب بطلان اجازه العقد الأول غایه الأمر یکون المشتری مختارا فی الرضا بعقد البیع و فسخه و ذلک من جهه ان التزویج لا- ینافی البیع حتی إذا صدر کلا- الأمرین من شخصه لإمکان کونها ملکا لأحد و زوجه شخص آخر و انّما المنافاه فیما یکون العقد الأول تزویجا مثل العقد الثانی فإنّه حینئذ لا یبقی العقد الثانی موضوعا للأول لأنّ المزوجه لا یتزوج.

بقی الکلام فی الرهن

فهل یمنع ذلک عن الإجازه البیع السابق المتعلق بالعین المرهونه فضوله أولا یمنع و قد اختار شیخنا الأستاذ الأوّل و قال ان رهن غیر المدیون انما یصح إذا رهنه نفس المالک بالمباشره أو بالإذن منه و أما إذا رهنه غیره فاما ان یبطل الرهانه و أما الإجازه و المفروض صحه الرهن فلا محل للإجازه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۳۱

و لکن کلامه هذا مبنی علی النبوی المعروف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فإنه بناء علی هذا لا تصح اجازه البیع السابق المتعلق بالعین المرهونه لکونها تصرفا فیکون الراهن ممنوعا من ذلک کما هو المشهور و من هنا قالوا أنّ من جمله شرائط العوضین ان لا یکونا مرهونین و أما إذا منعنا عن ذلک کما هو الحق لضعف النبوی و عدم انجباره بعمل المشهور فلا مانع من مثل هذه التصرفات الغیر المنافیه للرهانه الغیر الموجبه لزوالها جائزه و أما التصرفات الموجبه لزوالها فلا تجوز و حیث انّ بیع الراهن العین المرهونه لا- ینافی الرهانه لبقاء الوثیقه علی حالها فلا مانع من إجازه البیع السابق الوارد علیها قبل الرهن فإنّ غایه الأمر أنها تکون مالا للغیر فلا مانع من رهن مال الغیر بإجازته لجواز ذلک بلا شبهه اذن فلا

مانع من اجازه الراهن البيع السابق الفضولی و صحته بها لكونها أی الإجازه صادره من أهلها أعنی المالک لو لا الإجازه و يكون البيع بها واقعا فی محلّه.

و بالجمله معنی الرهانه هو كون العين المرهونه وثيقه عند المرتهن و هذا المعنی حاصل فيما يكون الراهن من أموال غير الراهن أيضا فإن المرتهن عند وفاء الراهن دينه يبيع ذلک و يستوفی دينه و علی هذا فلا مانع بعد الرهن إجازه العقد أيضا غايه الأمر يكون للمشتری الخيار فان المبيع ليس ملكا له بل هو فی معرض التلف مضافا الی كونه ممنوعا من التصرف فيه لاحتمال ان لا يقدر الراهن علی أداء دينه و يبيعه المرتهن فيستوفی دينه.

و الحاصل ان الفسخ انّما يتحقق بالفعل كما يتحقق بالقول بناء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۳۲

علی كون الرد موجبا لسقو العقد الفضولی عن قابليه لحوق الإجازه به و عن صحه التأهليه ثم ان الافعال علی أقسام قسم منها يوجب و خروج الملک عن تحت مالكه لكون تلک الافعال تصرفات ناقله و ذلک كالعتق و الهبه و البيع و تزويج الأمه بعد تزويجها فضوله و يلحق بذلک الاستيلاد كما عرفت و قد عرفت السّرِ فی ذلک بانّ الإجازه إنّما تؤثر فی العقد إذا كانت صادره ممّن يكون مالكا لو لا الإجازه فالمالک المجيز بعد تلک التصرفات غير مالک حال الإجازه لو لا الإجازه و لكن لا بدّ و ان يعلم انّ معنی تحقق الرد بها ليس إسقاط العقد عن قابليه لحوق الإجازه به و كونه ساقطا عن الصحه التأهليه كما يظهر من المصنف بل معنا سقوط المالک المجيز عن قابليه الإجازه فإنه ليس بمالک ان يجيز و الإجازه لا

بدّ و ان تصدر من المالك لو لا الإجازه كما عرفت فإنها لا تدلّ على ردّ نفس العقد و سقوط نفسه عن الصحه التأهليه كما يدلّ الرد المتحقق باللفظ على ذلك.

و يترتب على ذلك انّه إذا لم يسقط العقد عن تلك القابليه و قلنا بأنّه لم يشترط ان يكون المالك المجيز حال الإجازه مالكا حال العقد فى العقد الفضولى كما تقدم اختياره من المصنف و ان لم نقبله فللمنتقل إليه أى من انتقل اليه المال من المالك أصاله ان يجيز العقد السابق و يأخذ الثمن من المشترى كما كان للوارث اجازه العقد الواقع على مال مورّثه فضولا بناء على المسلك لمتقدم نعم فى مثل العتق و تزويج المولا أمته من الغير بين عقد التزويج الواقع عليها فضولا و بين الإجازه لا يمكن بقاء العقد على قابليه التأهليه فإنّه- بالعتق يزول موضوع البيع الفضولى و متعلقه فلا تصح إجازه البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۳۳

العبد المعتق لا- من المالك لعدم كونه مالكا بل لا يقدر على تملكه أصلا لأنّ الحرّ لا يصبر عبدا و لا من غير المالك المعتق لعدم انتقاله إليه بالعتق مثل البيع و نحوه فانّ العتق فك ملك لا نقله الى غيره و كونه مالا له ليمكن له اجازه العقد السابق فلأجل ذلك فقهرا يسقط العقد السابق أيضا عن قابليه لحوق الإجازه بها.

لا يقال انّ العتق كغيره من التصرفات المنافيه لا يوجب خروج العقد عن قابليه لحوق الإجازه به و انّما يوجب كون المعتق غير- قابل لذلك فلا مانع من بقاء العقد على قابليه التأهليه إذن فيمكن تعلق الإجازه به حينما صار الحرّ عبدا فيما إذا أمكن كما إذا ارتدّ ثم

صار أسيرا للمسلم فله أن يجيز ذلك العقد كالوارث.

فإنه يقال و ان كان فى الوارث أيضا ملك جديد و ليس اشكال من هذه الجهه و لكن العقد فيه لم يخرج فى زمان عن القابليه التأهليّه للصحه و انّما استمرت تلك القابليه فى عمود الزمان لاستمرار الملكيه و هذا بخلافه هنا فإنه لم تستمر الملكيه هنا فى زمان الحرّيه و خرج العقد فى هذه الزمان عن القابليه و بطلت لذلك و بعد صيروره الحرّ عبدا يحتاج عود تلك القابليه على دليل فلا يمكن تصحيح ذلك البيع الواقع عليه فضولا بالإجازه و توهم شمول العمومات عليه و من هنا ظهر انه لا فرق فى تحقق الرد بالمعنى المذكور بين صدور تلك التصرفات حال الالتفات أو فى غير حال الالتفات فانّ المناط فى تحققه هو سقوط المالك المجيز عن قابليه الإجازه و كون القصور فى ذلك من قبله و لا يفرّق فى ذلك بين الحالتين و لا يكون الجهل مانعا عن عدم تأثير تلك التصرفات فى سقوط المالك عن قابليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۳۴

الإجازه لأنّ حصول تلك المناط غير متوقف على العلم و القصد ليمنع عن الجهل.

و اما الإجازه و الرهن فقد عرفت انهما لا يمنعان عن بقاء قابليه العقد عن لحوق الإجازه المالكيه بها كما لا يمنعان عن بقاء قابليه مالك المجيز عن إجازتهما لأن الرهن و الإجازه فى بعض أقسامهما كما عرفت لا ينافيان العقد السابق الفضولى ليوجب تحققها انعدام قابليه لحوق الإجازه به و كونه ساقطا عن الصحه التأهليه.

قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافيه لملك المشترى من حين العقد.

أقول و أما التصرفات الغير المنافيه لإجازه البيع فقد فصّل المصنف بينما يكون المالك حين تصرفه ملتفتا بالعقد السابق الفضولى فيكون تصرفه بمثل

ذلک ردا للعقد السابق و بینما لا یکون ملتفتا بالعقد فلا یکون مثل تلک التصرفات ردا للعقد السابق.

و أما الثانی فقد أفاد فی وجهه بان الرد کالإجازه یحتاج الی القصد فبدونه لا یتحقق فحیث ان غیر الملتفت لیس له قصد الی الرد فلا یتحقق بفعله ذلک أیضا لعدم کونه هذا إنشاء للرّد فلا یکون منافیا للإجازه اللاحقه و بعباره اخری ان اللازم فی تحقق الرّد تحقق عنوانه و کون الفعل بالحمل الشائع ردا لا ان مجرّد صدور الفعل یکون ردا کما هو واضح و لیس ذلک مثل الطلاق لیکون إنکاره رجوعا و ان لم یکن المنکر ملتفتا بذلک کما هو الظاهر من الفقهاء و من إطلاق کلامهم فانّ لازم معنی الإنکار هو ادعاء انها زوجته فیکون ذلک رجوعا و امّا فی صوره الالتفات فأفاد انّ مثل تلک التصرفات کتعریض المبیع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۳۵

للبیع أو المعامله علیه بالبیع الفاسد أو غیر ذلک ممّا یصد منه مع العلم بتحقق بیع السابق الفضولی لی علی ذلک المبیع فیکون ردا و استدل علیه أولا بالأخبار المتقدمه من قوله ان شاء ترک و ان شاء فعل و غیرها ممّا ورد فی نکاح العبد و الأمه بدون اذن السید الی غیر ذلک ما یدل علی ان للمالک الرّد للعقد الفضولی فلا شبهه فی صدق الرد علی مثل تلک التصرفات و أجاب عنه بما هو متین جدا و حاصله أن غایه ما یستفاد منها هو ان من له العقد أو مالک العبد و الأمه له اجازه العقد و له رده و اما ان الرّد بأی شی ء یتحقق فلیست فیها تعرض الی ذلک و دعوی صدق الرّد علی تلک

التصـرفات مصادره و كذلك دعواه ان المجيز بعد صدور تلك التصرفات منه يصير أجنبيّا عن أحد طرفى العقد فلا يؤثر إجازته فى العقد السابق فانّ هذا أيضا مصادره و دعوى كون المجيز بعد تلك التصرفات مثل من صدر منه الرّد القولى أيضا أول الكلام و مصادره واضـحه و العمده ما يستدل به ثالثا من فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و البيع و العتق فان الوجه فى حصول الفسـخ هى دلالتها على قصـد فسـخ البيع و بعباره اخرى ان فسـخ العقـد فى العقود الخياريه رفع ورد العقد الفضولى دفع و لا ريب أن مئونه الرفع أكثر من مئونه الدفع فإذا كان أمثال تلك التصرفات رفعا فتكون دفعا بطريق اولى و فيه أنه قـد تقـدمت الإشـاره إلى جوابه فى صـحيحه محمـد بن قيس و توضـيح ذلك ان فى العقود الخياريه قـد صار المبيع ملكا للمشترى و صـار من جمله أمواله فلا يجوز لغيره التصـرف فيه بوجه غايه الأمر أن البائع بما انّ له الخيار فيجوز له فسـخ العقـد و يتصرف فى ذلك بعد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۳۶

فسـخه هـذا فـإذا تصـرف فى ذلـك المـبيع تصـرفا لا يجـوز لغير المالـك أو يكـون فى نظر العرف ممّـا يكون من آثـار الملك فبالملازمه يدل ذلك على فسخ العقد ليكون تصرفه هذا واقعا فى محلّه و صادرا من اهله و هذا بخلاف المقام فانّ المالك ما لم يجز العقد فالمال ماله و طبع المطلب يقتضـى جواز تصـرفاته لكونه مالكا و تصرفه واقعا فى ماله و كيف يقاس ذلك بالفسخ فى العقود الخياريه فلا يدل تصرفاته هذه على وقوع الرّد بها بل تقدم أن التصرفات

المنافيه للعقد السابق الفضولى لا تدلّ على الرّد بل على سقوط المالك عن القابليه لإجازه العقد و كيف بالتصرفات الغير المنافيه لذلک العقد.

و بالجمله فمجرّد كون الفسخ رفعا و الرّد دفعا لا- يدل على تحقق الرّد بمثل تلک التصرفات فى باب رد العقود الفضوليه بل بالتصرفات التى أقوى منها كما تقدم و أما الوطى فهو لا يدلّ حتى على الفسخ فى العقود الخياريه أيضا لإمكان كونه زنا منه فلا يدل على ذلک و حمل فعل المسلم على الصحه لا يوجب كون الوطى موجبا لتحقق الفسخ به فان مفهوم الوطى ليس منافيا لمفهوم البيع حتى لا يمكن الجمع و يحكم بالفسخ هذا بخلاف مفهوم البيع فإنه مناف للبيع فإنه لا بدّ و ان يكون البيع نفسه ان يكون واقعا على ملكه و بعد ما باع ماله من الغير لا يتحقق ذلک المفهوم و الحكم بالصحه راجع الى حكم الوطى و كذلک لا يدل على الرّد هنا نعم يكون رجوعا فى المطلقه رجعيه حتى مع قصد الزنا لكونها زوجه حقيقه.

بقى الكلام فى انّ مثل تلک التصرفات هل تنافى العقود الجائزه أم لا كما إذا أوصى شيئا من أمواله لأحد ثم عرضه الى البيع أو وكّل

أحدا فى بيع داره ثم أوقع عليه بيعا فاسدا أو عرضها على البيع فهل يوجب ذلک بطلان الوصيه و فسخ عقد الوكاله أم لا فقد ظهر مما ذكرنا عدم دلاله شى ء من ذلک على فسخ العقد فان طبع كون شخص مالكا على شى ء يقتضى ذلک الا ان يبقى موضوعا للوكاله و الوصيه كما إذا باع الموصى به أو باع ما وكل شخصا فى بيعه فإنه لا

یبقی حینئذ موضوع للوکاله و الوصیه کما هو واضح.

قوله:

رحمه اللّه.

مسأله لو لم یجز المالک فان کان المبیع فی یده

اشاره

أقول إذا عرض العقد الفضولی للمالک فإن أجاز فیأتی فیه ما تقدّم من التفصیل و ان رد فان کان العین عند مالکها فلا کلام لنا فیه و ان کانت عند البائع أو المشتری و کانت باقیه فیرجع إلیهما و هکذا الأمر فی الأیدی المتعاقبه فله الرجوع بأی منها شاء و الا فعلی البائع قیمتها کما هو مقتضی الید و السیره المستمره و قد تقدم فی المقبوض بالعقد الفاسد أن المالک یرجع علی القابض و کذلک المغصوب علی الغاصب بقیمه یوم الدفع بحسب القواعد و لکن مقتضی صحیحه أبی ولاد أن یرجع الی قیمه یوم الغصب و کذلک فی المقام سواء کان البائع الفضولی غاصبا أو غیر غاصب ثم إذا قلنا بالضمان بأعلی القسیم فیکون مبدء أخذ ذلک بالنسبه الی کل ضامن زمان دخول العین تحت زمانه فیکون البائع الأول ضامنا من أول وضع یده علیها الی زمان دفع القیمه حتی أعلی القیم عند دخولها تحت الأیدی المتأخره و هکذا کل شخص یضمن ذلک من زمان وضع الید الی زمان دفع القیمه و

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۳۸

الوجه فی ذلک انّ بمجرّد وضع الید علیها ثبت ضمانها علیه الی ان یؤدیها إلی مالکها و هذا المعنی مسمر الی زمان الدفع و منحلّ الی ضمانات عدیده فیؤخذ الأعلی القیم من جمیع تلک الضمانات و أما الأشخاص المتأخره لا یضمنون علی الأعلی القیم قبل الأخذ فلو کانت العین فی ید البائع الأوّل یحاذی بخمسه و باعها من المشتری و صارت عنده یحاذی بعشرین ثم نزلت قیمتها إلی أربعه و باعها من الآخر کذلک و ترقی قیمتها

عنده الى خمسين ثم نزلت إلى عشره فباعها كذلك الى الآخر فهذا الشخص الأخير لا يضمن الا على العشره لأنه لم يأخذ زائدا عن ذلك و لم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامنا عليه بمقتضى اليد أو بالسيره و أما السابقين عليه كلهم يضمنونون بخمسين فإنها فى عهدتهم من زمان وضع اليد الى حين الخروج من العهده و لو كان عند الأوّل بخمسين و عند الثانى بعشرين و عند الثالث بعشره و عند الرابع بخمسه فلا يضمن بالخمسين إلا الأوّل و لا خير بالخمسه و الثانى بالعشرين و الثالث بعشره لعين ما عرفت و إذا رجع المالك على الأول فبها و ان رجع على واحد المتأخرين فيأخذ الناقص من سابقه الى ان يأخذ بقيه القيمه من البائع الأوّل و على ما ذكرناه قد أشار المصنف

بقوله و لو كان قبل ذلك فى زمان آخر و فرض زياده القيمه عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزياده عليه و كذلك يضمن البائع و المشترى الى أن ينتهى إلى الأخر بالمنافع أيضا كما هو مقتضى اليد و السيره أما المستوفاه فبلا شبهه و أما المنافع الغير المستوفاه على اشكال

فقد تقدم الكلام فى ذلك تفصيلا و بالجمله حكم المنافع فى الضمان حكم الضمان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۳۹

بالعين على النحو الذى تقدم فى الضمان بالعين.

و أما الصفات التى تزول بعد وجودها كما إذا كانت العين وقت وجودها عند البائع فاقده لصفه و حدثت بعد انتقالها الى الثانى أو الثالث بان كانت مهزوله ثم صارت سمينه أو كانت عبدا غير كاتب ثم صار عبدا كاتبا و تعلم الكتابه فهل يكون السابق الذى وضع يديه بها مع

عراء تلك الصفات يكون ضامنا بها أيضا كضمانه بأعلى القيم و لو فى يد اللاحق و بالمنافع المستوفاه و غيرها الجامع مطلق المنافع الفائته أم لا يضمن بالصفات الا من حدثت تحت يدها فاختار شيخنا الأستاذ الأول و ان كل سابق يضمن بالعين و بجميع شئونها من المنافع و الصفات و لو كانت حاصله فى يد اللاحق أو فاتت فيها كما هو مقتضى اليد فان العين حين اتصافها بصفه الكمال كانت فى عهده الضامن الأول فيضمنها بجميع شئونها نعم لو كانت حاصله و فائته فى يد السابق فقط لا يضمنها اللاحق و لكن الظاهر ان السابق لا يضمن الصفات الحاصله فى اليد التاليه و انما الضامن لها ليس الا من حدثت الصفات تحت يدها و ذلک فانّ مقتضى اليد أو السيره ليس الا ضمان البائع الأول سواء كان غاصبا أولا بالعين مع الحيثيات القائمه فيها فهذه الحيثيه بالنسبه إلى المنافع موجودا فى العين فإنها متصفه بالفعل بحيثيه الانتفاع بها و قابليه استيفاء المنافع منها بالفعل و هذا بخلاف الأوصاف فإن العين و ان كانت لها قابليه السمن و قابليه تعلم الأوصاف الكماليه و لكن حيثياتها الفعليه بحيث لو أراد ان ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لأمكن غير موجوده فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد الا لمن تكون حدوثها عنده فقط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۴۰

دون السابق عليه و دون اللاحق به كما هو واضح.

و على هذا فلو سمنت ثم هزلت أو تعلم العبد الكتابه ثم زالت عنه ذلک فيضمنها من حدثت تلک الصفات فى تحت يده و تلفت عنده و لو انتقلت العين الى غير من حدثت الأوصاف عنده و تلفت لديه

ضمن العين مع تلك الصفات من حدثت الأوصاف تحت يده و من تلفت عنده معا أيضا.

و بالجمله نحن نتبع فی الحکم بالضمان بدلیله فبأی مقدار اقتضی نتبعه و الا فلا هذا کله حکم المالک مع الغاصب و المشتری و أما حکم المشتری مع الفضولی فیقع الکلام فیه تاره فی الثمن و اخری فیما یغرمه للمالک

فهناک مسئلتان

اشاره

کما فی المتن

أمّا الاولی ان المشتری تاره یکون جاهلا بکون البائع الفضولی فضولیا أو غاصبا و- اخری یکون عالما به

اشاره

أما الأول فتاره یعترف المشتری بکونه مالکا بالعین و أخری لا یعترف و علی الثانی فیرجع علی الفضولی لثمن سواء کان تالفا أو باقیا لغروره إیاه و علی الأول تاره یکون اعترافه عن علم و اعتقاد بان المبیع مال البائع و علیه فلا شبهه فی عدم رجوعه إلی البائع فإنه بمقتضی اعترافه قد یکذب البینه التی إقامتها المالک علی کونه مالا له فیکون اعترافه علی نفسه فیأخذ المالک المال بعد اقامه تلک البینه فلا- یرجع المشتری الی المالک علی حسب اعترافه و أخری یکون اعترافه مستندا الی الید فهذا الاعتراف لا یوجب أخذ المعترف به لزواله بزوال مدرکه بإقامه المالک البینه علی ان المال ماله لکونها مکذبه للید و کاشفه فی الظاهر عن کونها ای الید ید عدوان و غصب و انّما استملکت مال الغیر عن غیر حق و ان کان فی الواقع محقا و لو

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۴۱

تردد اعترافه بین کونه مستندا إلی الأول أو الی الثانی فهل حکمه حکم الأول فیلحق به أو الثانی ذکر المصنف ذلک و لم یرجح أحد الطرفین و لکن الظاهر ان یلحق ذلک بالید فان الغالب بل الظاهر من المشترین یشترون و یستندون الی الید و لذا لو سئلوا عن ذلک فیجبو بذلک و انه کان مال فلان لکونه فی یده.

و الدلیل علی ذلک ان الحجج الشرعیه لا موجب لرفع الید عنها إلا بحجه اخری فالبینه القائمه علی أن المبیع للمدعی دون البائع من الحجج الشرعیه و انما نرفع الید عنها هنا بواسطه إقرار المشتری علی ان المال للبائع مستندا فی إقراره هذا الی العلم فإنه یؤخذ بإقرار کما عرفت

فلا يثبت له الرجوع الى البائع بمقتضـى البينه القائمه على أن المال للمالك دون البائع لكون إقراره هـذا حجه و أما فيما لم يثبت ذلـك الإقرار و لا علم لنا فى كونه مستندا الى العلم الوجـدانى ليكون إقراره قابلا لأخـذ مقره به بل يمكن مستندا الى اليـد فلا موجب لرفع اليـد به عن البيّنه و الا يلزم رفع اليـد عن الحجه بغيرهـا و يكفينـا الشـك فى ذلك أيضا لأنه لا يمكن رفع اليـد عن الحجه بأمر يحتمل كونه حجه قائمه على خلافها.

قوله و ان كان عالما بالفضوليه.

أقول: لا إشكال فى انّه مع بقـاء العين لا بـدّ من ردهـا الى صاحبها و هو المشترى و لا يفرق فى ذلك بين كون المشترى عالما بالفضوليه أو لم يكن عالما بها فإنّه إنّما أعطى الثمن للبائع على ان يكون المثمن له و لو مع علمه بكونه غير مالك فإذا لم يترتب على ذلك الإعطاء ذلك الغرض فيكون الثمن باقيا فى ملكه و توضيح ذلك يظهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۴۲

بذكر ما ذكره المصنف

و قد استدل على كون العين باقيه فى ملك المشترى على تقدير البقاء بوجوه

الأول انه لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا

بيان ذلك ان النقل و الانتقال لا بدّ له من سبب شـرعى فما لم يحصل فلا مقتضـى لذلك و هذا متين خصوصا بضميمه ما ذكره أخيرا من كونه أكلا للمال بالباطل لما تقدم سابقا أنها ناظره إلى الأسـباب و حصـر أسباب التجاره بالتجاره عن تراض فان المراد من الأكـل هو التملـك دون الازدراد و ان أسـباب ذلـك الملـك هى التجـاره عن تراض كمـا هو واضـح و بالجمله أكل البائع الفضولى الثمن و لو مع علم المشترى بعد مالكيه بلا مقتضى و سبب و أكل للمال بالباطل

الوجه الثانى ما أشار إليه بقوله و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد

لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله

و فيه انّه يردّ عليه مـا أفـاده بعـد أسـطر من الفرق بين المقـام و بين المقبوض بالعقـد الفسـاد فان فى المقبوض بالعقـد الفاسـد ان الشارع قد منع عن مضـى ذلك العقد و تأثيره فى النقل و الانتقال مع كون بناء المتعاقدين على ذلك و حصول الضـمان الخاص المعاملى فإذا لم يحصل ذلك الضـمان الخاص من ناحيه عدم إمضاء الشارع فيكون إقدامهما على الضـمان الحقيقى فيكون كل من البائع و المشترى ضامنا لما أخذه من صاحبه و هذا بخلاف المقام فان دفع المال إلى البائع الفضولى سواء كان غاصـبا أو غير غـاصب ليس الا- كـدفعه الى ثالث يعلم عـدم كونه مالكا للمبيع و تسـليطه على إتلافه فى أن ردّ المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث فالقياس باطل.

الوجه الثالث ما أشار بقوله و لان الحكم بصحه البيع لو أجاز المالك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۴۳

كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فان تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازه لأن الثمن انّما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازه

ثم أمر بالتأمل و فيه انه قد تقدم سابقا انّما هو متفرع على البيع و بعد تحققه يسلط المشترى البائع على ذلك فاما على الكشف فواضح إذ الملكيه إنّما حصلت من زمان العقد فالتسليط انّما هو تسليط المالك على ملكه و متفرع على ذلك الملكيه الحاصله بالعقد من حين العقد.

و أما على النقل فلا يبعد أن يكون التسليط مراعى بحصول الملكيه بالإجازه المتأخره من المالك فإن أجاز فيكون الثمن له فى مقابل المبيع و ان لم يجز فيكون للبائع فيكون التسليط منجزا لا ان التسليط من الأول منجز و ان المشترى سلط البائع على ماله منجزا كما هو واضح.

و هنا وجه رابع لشيخنا الأستاد من أن التسليط لا يزيد على الهبه المجانيه

فلا- فرق بين صوره العلم و الجهل فحيث أن الواهب له الرجوع على الهبه ما دامت باقيه و كذلك كل من البائع و المشترى لو كان الثمن أو المثمن غصبا و فيه ان هذا أيضا لا- كليه له فان- الواهب ليس له الرجوع على العين على الإطلاق لو كانت باقيه فإنها لو كانت ثوبا فقصّر أو شيئا آخر تصرف فيه الموهوب له بما يوجب تغييره ليس للواهب ان يرجعها و كذلك لو كانت لذى رحم و ان لم يقع عليه التصرف فان فى جميع ذلك ليس للواهب الرجوع الى هبته فتنزيل المقام عليها و الحكم بجواز الرجوع هنا مثلها ليس بتمام.

و من هنا ظهر حكم الجهه الثانيه أيضا أعنى جواز تصرف كل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۴۴

من البائع و المشترى فيما أخذه فى مقابل المغصوب و

انه غير جائز و تصرف فى أموال الغير بدون اذنه فان التسليط لا يوجب الاذن فى التصرف لأنه إنّما سلطه على ماله بعنوان المعاوضه و المعامله بحيث يكون مالا له فيتصرف فى ماله لا انّه سلطه عليه ليصرف مال الغير باذنه فليس له ان يتصرف فيه بعد عدم حصول المعاوضه لكونه مال الغير فلا اذن له من ذلك التصرف.

قوله رحمه اللّه اما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشترى بل المحكى عن العلامه و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم الاتفاق عليه.

أقول قد بنى شيخنا الأنصارى تبعا لهؤلاء الأعاظم على عدم الضمان فى هذه الصوره أعنى بيع الغاصب لنفسه و أخذ الثمن من المشترى لنفسه و تلفه عنده و تبعه شيخنا الأستاذ و ان ناقش فى بعض خصوصيات كلماته و الوجه فى ذلك كما صرح به بعضهم انه سلطه على ماله بلا عوض.

و محصل كلام المصنف أن سبب الضمان انما هو لأحد الأمرين كما تقدم فى قاعده ما لا يضمن اما دليل اليد و ان من وضع يده على مال غيره فلا بدّ له ان يخرج من عهدته بجميع شئونه و خصوصياته كما تقدم و اما قاعده الإقدام على الضمان كما استدل بها شيخ الطائفه و غيره فى ما لا يضمن و اما قاعده اليد فهى و ان كانت مسلمه و متسالما عليها بين الفقهاء و لكنها خصّصت بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه اليه المال لحفظه كما فى الوديعه و الإجاره و العاريه فإن دفع العين فى هذه الموارد ليس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۴۵

الا بعنوان الوديعه دون الضمان فلا يكون تلفها موجبا للضمان و

على هـذا فإذا كان دفع المال و تسـلط الغير عليه ليتصـرف فيه و يتلفه فلا يوجب الضـمان بطريق أولى فلا يكون ذلك الا كالبيع بلاـ ثمن و الهبه الفاسـده و الإجـاره بلا اجره فلا يكون فيها ضـمان و كـذلك يكون مثلا إعطائه إلى ثالث فان الجامع فى جميع ذلك هو ان التسـليط فيها مجانى كما لا يخفى و اما قاعده الإقدام فهى أيضا غير جاريه هنا إذ لم يقدم البائع على الضمان بالثمن لعلم المشترى بكونه غير مالـك و انمـا الضـمان به فيمـا يكون ذلك من البائع المالك فيكون إعطاء الثمن حينئـذ فى مقابل ماله تضمينا له بالمال الذى هو الثمن و لذا يكون ضامنا مع الفساد أيضا ثم أورد على نفسه بأنّه أىّ فرق بين المقام و بين بيع الغاصب الـذى تقـدم فـان تصـحيحه انّمـا كـان بـانّ البيع فيه حقيقه واقع عن المالـك لأن معرفه المالك شـخصه و خصوصـيه غير لازم و خصوصاته غير دخيله فى صـحه البيع بل يكفى فيها العلم بوجود المالك الكلى لتحقيق مفهوم المبادله اعنى تبديل مال بمال فى الإضافه المالكيه بحيث لو كان هـذا ممكنا لم تعتبر ذلك الكلى أيضا فليكن الأمر كذلك فى المقام أيضا فيكون كبيع الغاصـب لكونه بانيا و لو عدوانا على كونه ملكا له و لو لا ذلك البنا لم يتحقق مفهوم المعاوضه أصـلا فلا يصح مع الإجازه أيضا فإن البيع قوامه بـدخول العوض مكـان المعوض لاـ ملـك شـخص آخر و بـالجمله: ان كـان بانيا على الملكيه فلا شـبهه فى صـحه معاملته فيكون كبيع- الغاصب فيكون يده و اقدامه مضمنين و ان لم يكن بانيا على المالكيه فلا يصح بيعه حتى مع الإجازه فيخرج عن

المفروض.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۴۶

ثم: أجاب عن ذلك بأنّه فرق بين المقامين فان معنى الضمان كون الشى ء فى عهده الضامن و خسارته عليه و إذ لم يكن المبيع ملكا للبائع لا- حقيقه و لا- ادعاء مع علمها بالواقع و كون المال لغيره حقيقه فكيف يتحقق الضمان بإقدام البائع على أخذ مال المشترى باختياره و تسليطه له عليه لكونه كالاعطاء الى شخص ثالث و هذا بخلاف بيع الغاصب فإنه بادعائه مالك للمبيع مالكيه بنائيه فالخطاب ببعتك انما هو متوجه للمالك غايه الأمر توجه الى الغاصب من باب الخطاء فى التطبيق فالمبادله إنما وقعت حقيقه و فى الواقع بين مالى المالكين الحقيقين فيكون الاقدام و اليد هنا مضمنين و بعد اجازه المالك فيكون الضمان عليه.

ثم أورد على نفسه بأنه على هذا ما الفرق بين صورتى العلم و الجهل فى البيع الفاسد حيث حكمتم بالضمان هناک و بين صورتيه هنا فلا تحكمون به فأجاب عنه بان التضمين الحقيقى حاصل فى البيع الفاسد لانّ المضمون به مال الضامن غايه الأمر ان فاسد العقد من جهه عدم إمضاء الشارع مانع عن مضىّ هذا الضمان فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص العقدى فيكون أصل الضمان بالاقدام باقيا على حاله لقاعده الاقدام أو لقاعده اليد من دون ان يكون هنا تسليم و تسلّم مجانى و هذا بخلافه هنا فان التسليط انما هو تسليط مجانى و ليس الا- كتسليط ثالث عليه و إعطائه له فلا ضمان هنا بوجه الا ان يكون فساد العقد بانتفاء شرائط العوضين ككونه خمرا أو خنزيرا أو أم ولد فإنه لا ضمان هناک أيضا فى هذه الصور هذا ملخص كلامه (رفع فى علو مقامه).

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴،

و فيه انّه و ان أتعب نفسه و أطال كلامه و لكن أسقط من كلامه ما هو نكته المقام أى صوره بيع الفضولى مال الغير لنفسه و هى ان المشترى إنّما سلّط البائع الفضولى على ماله بانيا على فساد العقد فيكون كسائر العقود الفاسده فلا وجه لتفريد ذلك عن غيرها من العقود الفاسده اذن فلا ـ وجه لقياسه بالبيع بلا ثمن فإنّه ليس إلا هبه مجانيه و لا بالإجاره بلا اجره و بالعاريه و بإعطائه لثالث فان فى جميعها ان التسليط ليس الا مجانيا و هذا بخلاف المقام فان التسليط فيها ليس مجانيا و لذا لو سئل عنه انّك وهبت مالك أو أعرت فيجيب انى عاملت مع فلانى و يدل على ذلك انّه لو كان التسليط مجانيا لم يكن وجه للحكم بكونه أى البائع غير جائز التصرف مع ان المصنف حكم بحرمه التصرف فى الثمن و بالجمله لا نعرف وجها للفرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود الفاسده و النكته هى ما ذكرناه من ان التسليط و التسلّط مبنى على الفساد اى على فساد العقد فيكون ذلك كالعقود الفاسده و قد عرفت الضمان فيها كما عرفت ان قاعده ما يضمن ليس له أساس و أن تكلف المصنف فى شرح ألفاظها و قد ذكرنا تطبيقها على القاعده من ان المراد بذلك هو ان العقد الذى كان صحيحه مبنيا على الضمان ففاسده أيضا كذلك بخلاف مثل الهبه و نحوها و ظهر لك أن المقام غير مربوطه بالبيع بلا ثمن ليكون هبه فاسده حتى يتوهم أنّ فى صحيح الهبه لا ضمان و كذا فى فاسدها أيضا.

فتحصل ان قاعده اليد لم تخصّص فى المقام بما ذكره

المصنف و اما ما ذكره من قاعده الإقدام بالضمان فقد ذكرنا فی ما لا يضمن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۴۸

ان الاقدام لا موضوعيه له و لا ان له دليل فی كونه مضمنا و انما الموجب للضمان هو دليل اليد بل لا يظهر ممّن ذكره فی وجه الضمان انه ذكره للاستقلال بل لبيان موضوع ضمان اليد حيث ان اليد انما يوجب الضمان فيما يكون ذی اليد مقدما عليه فإنّه لا ضمان لليد بدون الاقدام عليه كموارد الوديعه و العاريه و العين المستأجره و نحوها و الا- فليس الاقدام على استقلاله من المضمنات كما هو واضح.

نعم لو كان المبيع مما لا- يملك فی نفسه كالحرّ بحيث لا يكون هنا بيع حتى الفاسد منه بل صوره بيع و لفظه بعد كونه مالا و مما يملك يتحقق مفهوم البيع هنا فلا يكون تسليطه البائع على الثمن الا تسليطا مجانيا و بلا عوض فلا يكون هنا ضمان فانّ هذا نظير بيع البائع ماله بلا ثمن فإنه ليس من مفهوم البيع بشی ء ليكون بيعا فاسدا و يأتی فيه ما قلناه فی البيع الفاسد هذا فيما لم يكن مفهوم البيع محققا لعدم قابليه المتعلق لوقوع البيع عليه.

و اما فيما يكون مفهوم البيع محققا لكون المتعلق فی نظر العرف من الأموال بل من الأموال المهمه كالخمر و الخنزير و انما الشارع- الغی ماليته و أسقطه عن الماليه فيكون تسليم المشتری الثمن إلى البائع أيضا مبنيا على البيع الفاسد فيكون البائع ضامنا مطلقا على ما ذكرناه و من هنا ظهر أيضا ما فی كلام المصنف من انّه لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحرّ قوی اطراد

ما ذكرناه فيه من عدم ضمان عوضها الملك مع علم البائع بالحال فإنه يتوجه فى صوره كون المعوّض حرا لا فى صوره كونه خمرا أو خنزيرا.

ثم بقى هنا أمور فى كلام الشيخ قد ذكرها فى ذيل المسأله

اشاره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۴۹

الأمر الأول ان مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع فيما يكون البائع غير بايع لنفسه

بل انّما باع للمالك و انما دفع المشترى الثمن اليه ليصله الى المالك فتكون واسطه فى الإيصال و تلف فى يده إذا لم يسلطه عليه و لا أذن له فى التصرف فيه فضلا عن إتلافه.

و فيه أن هذا من عجائب المصنف فإنه ليس هنا شى ء من- أسباب الضمان فإن البائع و ان أخذ الثمن من المشترى و تلف عنده و لكن ليست يده يد إتلاف هنا كما صرح به (و قال و تلف) مع ذكره الإتلاف بعده و انما تلف عنده بتلف سماوى بلا تفريط من البائع فلا موجب للضمان لكون البائع أمينا فى إيصاله إلى البائع فقط و كان له ان يعكس الأمر و يقول بالضمان فيما باع مال المالك لنفسه مع علم المشترى به و أخذ الثمن و تلف عنده أو أتلفه بنفسه كما قلنا به و لا يقول بالضمان هنا نعم لو كان التلف مستندا اليه فيكون ضامنا فهو أمر آخر.

الأمر الثانى انه لو أخذ البائع الثمن بنفسه من أن يسلطه المشترى عليه

فيكون ضامنا مع التلف لعدم التسليط الموجب لعدم الضمان و لو كان الأخذ بانيا على العقد الواقع بينهما و هذا واضح كما أفاده فى المتن.

الأمر الثالث انه أفاد تحقق الضمان أيضا لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن

لو أخذ العين صاحبها فإنّه أيضا لم يسلطه على الثمن مجانا بل مع الضمان فمع التلف يكون البائع أيضا ضامنا.

الأمر الرابع انّه لا فرق فيما ذكرناه من الضمان بينما يكون الثمن كليّا أو معيّنا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۵۰

فإن المشترى مع كون الثمن كليا قد طبق ذلك الكلى على الفرد و سلّط البائع عليه بانيا على العقد فيكون البائع ضامنا عليه للمشترى و حيث ان المصنف قد اختار عدم الضمان فى كون الثمن شخصيا فقد اختار عدمه هنا أيضا.

قوله المسأله الثانيه ان المشترى إذا اغترم للمالك

أقول هذه هى الجهه الثالثه فهى ان المشترى لو اغترم للمالك غير الثمن من زياده القيمه السوقيه أو زياده على أصل القيمه أو المنافع المستوفاه أو الغرمات التى صرفها للعين و لم يستوفى فى عوضها منفعه فهل يضمن المالك بتلك الغرامات أو لا يضمن.

توضيح الكلام فى ضمن جهات ثلاث الاولى ان المالك لو أخذ زياده القيمه على أصل الثمن بان اشترى على عشره دنانير و كانت قيمه العين عشرين دينارا فهل للمشترى ان يرجع الى البائع فى زياده القيمه أم لا.

الثانيه فى انه إذا استوفى منفعه من العين كان اشترى الدار و آجرها من غيرها فأخذه المالك العين و إجارتها الثمن فهل للمشترى ان يرجع الى البائع فى تلك المنافع أيضا أم لا.

الجهه الثالثه قيمه المنافع الغير المستوفاه.

الجهه الرابعه ان المشترى إذا اغترم للعين غرامه بأن صرف مقدارا من المال فى إصلاح العين من دون أن يأخذ فى قباله منفعه فهل يضمن البائع بها و له الرجوع إليه أم لا و من هذا القبيل إنفاق العين المشترى.

اما الجهه الرابعه فقد استدل على الضمان هنا بقاعده نفى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۵۱

الضرر بدعوى ان عدم الرجوع المشترى الى البائع فى تلك الغرامات ضرر عليه فينفى بدليل نفى الضرر.

و فيه انّه معارض بكون الرجوع ضررا للبائع فليس نفيه عن المشترى بدليله أرجح من نفيه عن البائع و قد

حققناه فی قاعده لا ضرر.

و قد استدل أیضا بأن البائع هو السبب فی غرامات المشتری فیکون ضامنا لان من تسبب فی وقوع أمر فهو اولی بانتساب المسبب الیه.

و فیه ان التسبیب تاره یکون علی نحو یکون الواسطه ملغی عن الموضوعیه و خارجا عن الاستقلالیه و اخری لا یکون کذلک بل یکون السبب داعیا الی صدور الفعل فقط اما الأول فکمن تسبب فی قتل أحد بإعطاء السکین لمن لا یعقل من الصبی و المجنون و السفیه و إدخاله فی جوفه أو حفر بئرا فوقع فیه أحد فإن الفعل یستند حقیقه إلی السبب و الوسائط فی أمثال ذلک لا اعتبار لها و من هنا یعامل مع السبب معامله القاتل فیؤخذ منه الدیه فإن الفعل حقیقه فعله و هو الفاعل فی ذلک.

اما الثانی بان لا- یکون تسبیب حقیقه بل یکون السبب داعیا الی وقوع الفعل و صدوره فقط بان یقول لأحد مع کونه عاقلا و کاملا- اقتل فلانا أو اعطی سکینا و قال اقتل زیدا فان البعث و التحریک علی تقدیر حرمته لیس سببا للفعل بحیث یوجب ان یستند الفعل علی تقدیر صدوره الی الفاعل و یکون الفعل فعله و یعامل معه معامله الفاعل لذلک الفعل کما هو واضح فحیث ان البائع لیس سببا تاما لغرامه المشتری بل هو داعی لذلک فلا یستند الغرامات

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۵۲

الی فعل البائع بعنوان التسبیب لیکون ضمانها الیه کما هو واضح.

و حاصل الکلام انه إذا اغترم المشتری فی العین المبیعه فهل یرجع الی البائع فی ذلک أم لا- فهنا جهات ثلاث الاولی انه إذا اغترم زیاده القیمه مما أخذه المشتری بأن کان المشتری اشتراه بعشره و کانت قیمته

عشرين أو ترقت الى عشرين.

الجهه الثانيه فى المنافع المستوفاه كأن آجر الدار أو الدابه أو غير ذلك من المنافع المستوفاه.

الجهه الثالثه فى المنافع الغير المستوفاه و المخارج التى صرفها للعين من كيسه و لم يستوفى من العين شيئا و من هذا القبيل إنفاق العين اما فى صوره العلم بالحال فلا يرجع بشى ء من ذلك اما فى صوره الجهل فهل له ان يرجع فى ذلك الى البائع أم لا.

اما الجهه الثالثه فالمشهور ذهبوا الى الضمان هنا فقد استدل فيها بالضمان بوجوه الأول قاعده لا ضرر بدعوى ان عدم الرجوع ضرر على المشترى و فيه انه على تقدير شمول قاعده لا ضرر على ذلك- فهى متعارضه فإن الرجوع أيضا ضرر على البائع فلا وجه لتقديم المشترى عليه.

الثانى بقاعده التسبيب بدعوى ان السبب فى تضرر المشترى هو البائع.

و فيه انها لم تردّ فى آيه و لا- فى روايه و لا- انها معقد إجماع اذن فلا بدّ من ملاحظه ان الفعل الصادر من المسبب على نحو يستند الى السبب أولا فإن كان مستندا الى السبب سواء كان مع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۵۳

ذلك لفاعل الفعل اختيار أم لا و سواء كان التسبيب امرا شرعيّا أم لا فيحكم بالضمان مثلا إذا أمر صبيا ليفتح بابا فإذا فتح يطير الطير الموجوده فى الدار أو أمره بقتل احد و هكذا المجنون و السكران فان الفعل فى أمثال ذلك يستند الى السبب بل الخطابات الأوليه أيضا تكون متوجهه عليه كما تقدم فى بحث المكاسب المحرمه و من هذا القبيل حفر البئر ليقع به احد فوقع و مات أو نصب سكينا فى قعر البئر فقتله السكين أو غير ذلك من الموارد التى

يستند الفعل الى السبب حقيقه و ان كان للواسطه اختيار كالصبى و من هذا القبيل ما يكون التسبيب شرعيا كما إذا شهد بالشهاده الزور فأوجب ذلك غرامه المشهود عليه ثم رجع فى شهادته فإنه تكون الغرامه على الشاهد لكونه سببا فى غرامه المشهود عليه و اما فى غير تلك الموارد بحيث لا يكون تسبيب فى البين فلا يضمن السبب بشى ء لكونه داعيا محضا فى صدور الفعل من الفاعل و انما الفاعل فعل ذلك بقدرته و اختياره فيكون الضمان عليه.

الثالث بقاعده الغرور بان المغرور يرجع الى من غرّ و هذه القاعده و ان كان لم يبعد ان تكون روايه نبويّه و لكنها غير منجبره بعمل المشهور حتى مع الغمض عن الكبرى الكليّه بأن الشهره لا تكون جابره لضعف السند و ذلك لخصوصيه فيها التى تمنع عن الانجبار و هى ان المشهور لم يمكن ان يستند وافى عملهم و فتواهم هنا بالضمان لأجل التسبيب و قاعده الضرر أو الروايات الخاصه و عليه فلا ينجبر ضعفها بالشهره بل نجزم بان المشهور لم يستندوا لها و ذلك فإنهم و ان ذهبوا الى الضمان فى هذه المسأله و لكن مقتضى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۵۴

العمل بالقاعده أن يعملوا بها فى جميع موارد الغرور و يفتون بطبقها أينما سرت و لم يخصّوا الحكم بهذا الموارد الخاص فيعلم من ذلك انهم لم يستندوا بها كيف فهل توهم أحد بأنه لو غرّ أحدا فى أكل مال الغير بأنه راضى بذلك أو غرّه فى شراء شى ء على ان يربحه كذا و كذا فانكشف ان المالك لم يرض و ان المبيع لم يربح له بشى ء بل ضرر فيه كثيرا ان الغار يضمن بضرر

المغرور و هكذا سائر موارد- الغرور فإنّه لم يفت المشهور فى أمثال ما ذكرنا من الأمثله بالضمان بل أفتوا فى خصوص ما نحن فيه اذن فتكون ساقطه سندا و دلاله الا ان يكون هنا تسبيب بحيث يكون الفعل مستندا الى السبب و هذا أمر آخر غير مربوطه بقاعده الغرور و قد عرفت انه يوجب الضمان بنفس الخطابات الأوليه كما ان الاحكام التكليفيه أيضا ثابته له بتلك الخطابات.

الرابع الروايات الخاصه الوارده فى باب النكاح التى تدلّ على ان من غرّ أحدا فزوجه امرأه برصا أو عوراء أو مجنونه أو امه بعنوان أنها بنت مهيره فيكون على ذلك الغار مهر الأمريه فبالغاء المورد تكون داله على الضمان بغير المهر و فى غير مورد النكاح نظير المقام فالروايات فى حاشيه السيد و فيه انها روايات خاصه قد وردت فى باب النكاح فى خصوص باب المهر و كون ضمانه على الولى فقط و التعدى عنها الى غيرها قياس فلا يمكن التعدى من المهر الى غير المهر فى خصوص باب النكاح فضلا الى غير النكاح فلا يستفاد منها كبرى كليه من ان المغرور يرجع الى الغار فى جميع ما اغتره و لأجل مصلحه قد حكم الشارع فى موارد تلك العيوب بضمان الغار الذى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۵۵

هو الولى لخصوص المهر و من هنا لو أوجب الغرور و صرف فى ذلك مصارف كثيره كالإطعام و نحوه فلا يرجع فيها الى الغار بل فى خصوص المهر الى المدلس كما فى الروايات نعم هناك روايتان يمكن استفاده الكبرى الكليه منهما لمكان التعليل الوارد فيهما.

الأولى روايه إسماعيل بن جابر حيث أراد أحد تزويج بنت احد فزوجوه امه فقال عليه السلام رد

الولیـده علی موالیها و الولـد للرجل و علی الـذی زوجه قیمه الولـد یعطیه موالی الولیـده کما غرّ الرجل و خدعه فان ظاهر الذیل عدم اختصاص الضمان بمورد الولد بل یعمّ غیر مورد النکاح أیضا.

و فیه أیضا غیر الولد و فیه مضافا الی ضـعف سـند الروایه فإن فیه محمد بن سـنان فهو و ان ذکر عن بعض توثیقه الا ان المشهور ضعفه بـل انه اعترف فی آخر عمره ان کتـابه مـأخوذ من السوق فلا یمکن الاعتماد بروایاته فلا أقل من تعارض المعـدل للجارح فیتساقطـان فیبقی بلا معـدل ان دلالتها غیر تامه بل الظاهر منها کون ضـمان الولـد فقط علی المزوج کما غرّه و خـدعه فلا یمکن التعـدی من ذلـک الی غیره إذا فـإذا رجع المالـک الی المشتری فیرجع المشتری أیضـا الی الغـار کما رجع نعم یعم الحکم لکل مزوج و الوجه و اللّه العالم فی ذکر الولـد انه لو لا الـذکر لحکمنا بضـمان قیمه الولـد فإنه من امه الغیر فالنماء فیها کالحیوانات و الأشـجار للمالک و من هنا حکموا علیهم السـلام فی انه لو زنا احـد بامه الغیر فولدت فهو لمالک الأمه و لکن حیث کان الوطی هنا محرما لکونه عن شبهه فیکون الولد للواطی فتکون قیمته علی الغار کما غرّ الرجل و خدعه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۵۶

الثانیه روایه رفاعه فی قضاء أمیر المؤمنین علیه السـلام فی امرأه زوجها ولیها و هی برضاء ان لها المهر بما استحل من فرجها و ان المهر علی الـذی زوجهـا و انمـا صـار المهر علیه لانه دلّسـها فمقتضـی التعلیل هو عموم الحکم لغیر مورده أیضا و فیه مضافا الی ضعف سندها لسهل بن زیاد انها أیضا لا تدل

على الضـمان فى غير موردها و هو المهر فلا يمكن التعـدى إلى الغرامات الوارده فى باب النكاح فضـلا عن غير باب النكاح فان ظاهر التعليل كونه راجعا الى ثبوت المهر على الغار فلا يمكن التعدى إلى غيره لاحتمال ان يكون فى المهر خصوصـيه يسـتدعى الضـمان و ليس فى غيره فتكون هـذه الروايه كغيرها من الروايات الخاصه نعم يمكن التعدى بها الى مطلق المزوج بلا اختصاص الحكم بالولى كما اختص به الحكم فى الروايات الخاصه المتقدمه و بعباره اخرى انه مضافا الى ضعف الروايتين فلا يتم دلالتهما على المقصود و تماميه قاعـده الغرور فى جميع الموارد إذ الظاهر منها اختصاص الضـمان فى خصوص الولد و المهر على الغار و كون التعليل مختصا بهما و قـد علل كون المهر على المزوج بأنه مدلس فمقتضـى العليه انما هو جواز الرجوع على المهر الى كل مزوج فلاـ يمكن التعـدى الى غير ما يسانـخ المعلول نعم لا يختص ذلك بالولى بل يجرى فى مطلق المزوج كما ان ضـمان قيمه الولد لا يختص بالمزوج بل بمطلق الغار لكون ذلك على وفق القاعده.

على انه لو تمت دلاله الروايتين فأيضا لا تنافيان بالمقصود إذ الـدليل أخص من المـدعى فان الذى يسـتفاد منهما انّ للمشترى ان يرجع الى البائع الذى غره و خدعه و دلّسه و لا شبهه انه لا يصدق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۵۷

الغرور عند جهل البائع بل قد صـرح فى تلك الروايات انه يضمن الغار مع علمه و اما مع الجهل فلا يضمن اذن فلا يمكن الحكم بضمان الغار مطلقا سواء كان عالما بالحال أو جاهلا بها بتلك الروايات التى أخص من ذلك و اما ما عن العلامه الطباطبائى

من انه لاـ يفرق بين علم البـائع و جهله لا نعرف له وجها و اما روايه الجميل التى ذكرها المصـنف عن الرجل يشترى الجاريه من السوق فيولـدها ثم يجى ء مسـتحق الجاريه قال يأخذ الجاريه المسـتحق و يدفع اليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بثمن الجاريه و قيمه الولـد التى- أخـذت منه و قـد اسـتدل بها على تماميه قاعده الغرور بدعوى أن حريه ولد المشترى اما ان يعد نفعا عائدا إليه أولا و على التقديرين يثبت المطلوب مع ان فى توصـيف قيمه الولد بأنها أخذت منه نوع إشـعار لعليه الحكم فيطرد فى سائر ما أخـذت منه. أقول ان الروايه و ان كانت مطلقه من حيث الغرور و عـدم الغرور بل تـدل على جواز ان يرجع المشترى الى البـائع مطلقا و لكن عرفت ان الرجوع الى قيمه الولـد على حسب ما يقتضـيه القواعـد فإنّه من منافع الأمه فتكون للمالك فالروايه وردت على طبق القاعده فحينئذ إذا رجع المالك الى المشترى فيرجع المشترى الى البائع لأنه غرّه و خدعه و لكون الوطى محرما يكون الولد حرا و على هذا فلا وجه لما فى المتن من ان حريه الولد ان كانت من المنافع المسـتوفاه التى لا بدّ له من إعطاء قيمته الى المالـك ثم الرجوع الى البـائع فتـدل الروايه على الرجوع الى الغار فى غيرها بطريق اولى قـد عبّر عن ذلك بالفحوى و ان لم تكن حريه الولد من المنافع المستوفاه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۵۸

فتـدل على الرجوع الى الغار بالـدلاليه المنطوقيه فيما هو محل الكلام الذى نتكلم فيه و بالجمله فلا تكون الروايه داله على قاعده الغرور و اما قوله بان توصيف قيمه

الولد بالأخذ مشعر بالعليه فيتعدى الى غير موردها.

ففيه ان التعبير بالأخذ لأحد الجهتين الاولى ان المشترى انما يرجع الى البائع إذا رجع المالك الى المشترى و الا فليس له الرجوع الى البائع كما سيأتى ذلك فى تعاقب الأيدى.

الثانيه أن المشترى إنما له الرجوع الى البائع فى القيمه التى أخذها المالك من المشترى و لو كانت أقل من القيمه السوقيه فليس له ان يرجع الى البائع فى الزائد عنها كما إذا أخذ المالك من المشترى عشرين فقيمه السوقيه خمسين فيرجع الى البائع بخمسين أيضا و بالجمله ان التمسک فى التعدى الى غير مورد الروايه بهذا التعليل شبه تعليل وجوب الزكاه للبقر السائمه بثبوتها فى النص للغنم السائمه فإن البقر غير مربوط بالغنم و سنذكر الوجه فى عدم جواز رجوع المشترى الى البائع قبل ان يرجع اليه المالك ثم انه قد استدل صاحب الحدائق على عدم الرجوع فى المنافع الغير المستوفاه و فى غيرها لا يرجع بالأوليه على ما هو لازم كلامه بإطلاق روايتى زراره و زريق و بسكوتهما عن رجوع المشترى الى الغار الذى هو البائع اما الروايه الأولى اعنى روايه زراره فإنها تدل على رد الجاريه التى اشتراها المشترى من شخص الى مالكها المدعى بعد البينه ورد قيمه الولد المتولد منها و سائر منافعها المستوفاه فهى ساكته عن الرجوع الى البائع بأن يرجع المشترى فى غراماتها إلى البائع فحيث كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۵۹

الامام عليه السلام فى مقام البيان فكشف من الإطلاق عدم جواز رجوع المشترى الى البائع.

الثانيه روايه زريق فإنها تدل على رجوع المالک الى المشترى و يأخذ منه ماله و جميع المنافع التى استوفى من ذلک من أىّ أقسام المنافع

من الغرس و الزرع و اجره البناء الذى بنا فيها و ليس للمالك قلع ما غرس فيه و الا فيعطى أرشه نعم و له أخذ أجره الأرض نعم للمشترى قطع ذلك لكونه مالا له و الناس مسلطون على أموالهم و ليس للمالك ان يمنع ذلك فهذه الروايه أيضا تدل على رجوع المالك الى المشترى و ساكته عن رجوع المشترى الى البائع مع كونه عليه السلام فى مقام البيان فبمقتضى الإطلاق ندفع رجوع المشترى الى البائع.

و فيه ان الروايتين لا تدلان على ذلك اما روايه زراره إلى جهه رجوع المالك الى المشترى دون رجوع المشترى الى البائع و اما روايه زريق فإنها ناظره إلى بيان ان المالك يرجع الى المشترى و المشترى الى المالك فليست ناظره الى ان المشترى يرجع الى البائع على ان البائع فى الروايه الثانيه انما هو القاضى فإن كان حكمه صحيحا فلا غرم عليه فان اللّه جعل ذلك سببا لكون المال للمدعى و هو المفوت لذلك و القاضى معذور فيه لحكمه بالايمان و البينات و ان كان الحكم باطلا فالمشترى يعلم بفساد البيع و هو بنفسه أقدم على ذلك فلا يرجع إليه فى غراماته كما فى المتن و الحاصل ان المشترى إذا علم بالحال فلا يرجع الى البائع فى غراماته لإقدامه على ذلك بنفسه و امّا مع الجهل فربّما قيل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۶۰

برجوعه إليه بقاعده الضرر و قد عرفت ان احد الضررين مما لا بدّ منه فلا وجه لدفع ذلك عن المشترى دون البائع فيتعارضان على ان الضرر لا يكون فى جميع الموارد كما إذا استوفى المشترى بمقدار منفعه ما اغترمه للمالك و اما دعوى الضمان بقاعده التسبيب

بأن البائع لتغريره المشترى فيضمن كما اغترمه المشترى فى المنافع المستوفاه و فى غيرها بطريق اولى.

و فيه انك عرفت انّه ان كان التسبيب على نحو استند الفعل إليه بقوه السبب فلا إشكال فى الضمان و الا فلا وجه له و اما قاعده الغرور قد عرفت انها و ان روى بان المغرور يرجع الى الغار الا انه غير معمول بها فى جميع الموارد بل فى خصوص المقام فهيهنا لا نعلم استناد الفقهاء الى ذلك بل الى الروايات الخاصه و قد عرفت أنها ناظره إلى موارد خاصه فلا يمكن التعدى منها الى غير مواردها كما لا يخفى و كذلك ما ورد فى ضمان الشاهد على المشهود عليه فى شهاده الزور و اما توهم عدم الضمان لأجل إطلاق روايتى زراره و زريق و قد عرفت الحال فيها و لكن يمكن لنا التفصيل فى المقام بينما يكون ما يرجع المالك الى المشترى داخلا- تحت ضمان البائع فللمشترى ان يرجع فى ذلك الى الغار و بينما لا يكون ذلك داخلا تحت- ضمان البائع فلا يرجع المشترى فيما اغتر به للمالك إلى البائع و توضيح ذلك انّه لو اغتر احد غيره بتقديم مال الغير اليه بما انه مال نفسه فانكشف بعد التلف انه مال الغير أو مال الآكل الذى هو المعطى له فلا شبهه ان الغير يرجع الى الآكل و هو يرجع الى المقدم لكونه ضامنا ابتداء فى ذلك و انما سلط الغير عليه بعنوان انه مال نفسه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۶۱

لا بما انه مال الغير و هكذا لو ظهر انه مال الآكل أيضا كما لا يخفى و على هذا فليس للمسلّط ان يرجع الى الآكل لو رجع

المالک الیه بدعوی انه سلّطه علیه لکونه مال الغیر فان قصده لا یفید بوجه إذا عرفت ذلک فنقول ان المنافع علی قسمین فقسم منها تکون داخله تحت ضمان الغاصب کأجره الدار و الثمار للأشجار و نحوها و قسم منها لا تکون داخله تحت ضمان الغاصب کرکوب الدابه إلی الحلّه أو الکربلاء مثلا ففی الأول إذا رجع المالک الی البائع فلیس للبائع ان یرجع الی المشتری فإنّه بعد اقدامه علی ضمان مال الغیر و إعطائه قیمته و قیمه منافعه صار مالکا للمغصوب بقاء فکما لا یرجع الی من سلطه علی إتلاف ماله ابتداء فکذلک لیس له الرجوع الی من سلّطه علی إتلافه بقاء فإذا لیس له ذلک فی العین أو فی المنافع المستوفاه علی تقدیر بقاء العین ففی المنافع الغیر المستوفاه بطریق أولی لا یرجع الی المشتری لأنه بنفسه سلّطه علی ذلک و اما لو رجع المالک الی المشتری فیرجع المشتری الی البائع کما عرفت و اما المنافع التی لا تدخل تحت ضمان الغاصب من الأول و من هذا القبیل الأوصاف الزائده فلو رجع المالک إلیها فلیس للمشتری ان یرجع الی البائع فإن التسلیط فی تفویت ذلک لیس من ناحیه البائع و یأتی ذلک فی تعاقب الأیدی مفصلا و من هنا یظهر انه لا وجه للتفصیل بین المنافع المستوفاه و غیرها فإنها ان دخلت تحت ضمان البائع فلا یرجع فی المستوفاه إلی المشتری لو رجع الیه المالک ففی غیر المستوفاه بطریق اولی و ان لم تدخل تحت ضمانه فرجع المالک الی المشتری ففی المستوفاه بطریق أولی و هذا واضح جدا.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۶۲

و بالجمله حکم الغاصب بعد رجوع المالک الیه حکم المالک الابتدائی

فكما ان المالك حدوثا لا يرجع الى من سلطه على تفويت ماله فكذلك بقاء كما هو واضح.

و حاصل الكلام انّه لا بدّ و ان يفصّل فى المقام بين المنافع التى دخلت تحت ضمان البائع و المشترى كليهما فحينئذ ليس للبائع مع رجوع المالك اليه ان يرجع الى المشترى بل يرجع المشترى الى البائع مع رجوع المالك اليه و تلك كالعين بنفسها و كسكنى- الدار و ركوب الدابه التى تكون قائمه بالعين و تسلم إلى المشترى مع تسليم العين و اما المنافع المتجدده التى لا تدخل تحت ضمان البائع كالثمار و الأشجار و اللبن للحيوان و نحوهما ممّا تجدد تحت يد المشترى فلا يكون ضامن لها إلا المشترى لعدم ثبوت ضمانها ابتداء على البائع.

بيان ذلك ان أحدا لو قدم طعاما لأحد ليأكله بما انه مال شخص المعطى فأخذه الآكل فأكله فإنه قد أخذه ذلك بعنوان أنّه مجانى و لم يقدم على الضمان من الأول و كذلك ان المعطى قد سلّطه على ذلك بما انه مال نفسه و لو كان فى الواقع مال غيره و يعلم انه مال الغير فإذا علم الآخذ بعد تلفه أنه مغصوب فليس للمعطى أن يرجع الى الآخذ و يقول أن هذا كان مال الغير فانى أعطيته لك بعنوان مالى كتابا فان التسليط ليس الا تسليطا مجانيا فلم يكن أخذه إلا أخذا مجانيّا بل لو رجع اليه المالك فهو يرجع الى المعطى أيضا لأنه ليس هذا الا كتقديم مال نفسه لشخص باعتقاد انّه مال الأخذ فانكشف انّه مال نفسه فإنّه ليس له ان يرجع الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۶۳

الآخذ بدعوى انّه كان فى عقيدتى انه مالك فان الأخذ ليس إلا

أخذا مجانيّا فلا ضمان فيه بل هذا و تقديم ماله الواقعى مع العلم به ليس الا واجدا اذن فيكون تقديم مال الغير أيضا مثله فإنّه مع رجوع الغير اليه فبخروجه عن عهده الضمان يكون مالكا بقاء لما قدمه الى الغير فليس فى تسليط الغير على إتلاف ماله بين ما يكون ماله حدوثا و بين ما يكون مالا له بقاء فكما ان تسليط العير على تسليط ماله مجانا ابتداء لا يوجب الضمان كذلك ما يكون مالا ـ له بقاء بسبب الخروج عن عهده الضمان فهذا الذى ذكرناه ممّا قامت به السيره العقلائيه و اما رجوع الآخذ الى المعطى لو رجع اليه المالك فواضح لانّ السبب فى تفويته هو المعطى و انّما عزّه بعنوان انه مال نفسه فهو السبب الى المعطى فى التلف و ان كان المتلف بالمباشره هو الآخذ الا ان العرف يستندون ذلك الإتلاف إلى المسبب لقوته و لاغراء الآخذ بذلك فمثل هذا الخديعه و التغرير يوجب الضمان بلا شبهه و ان لم نقل بالضمان فى جميع موارد الغرور و كيف فهل يشک أحد فى انه لو قدم أحد مالا ـ كشخص هبه مجانيه بعنوان انه ماله ثم ادعى ذلك المال منه ان له حق الرجوع اليه مع التلف و هكذا إذا كان مال غيره فإن أهل العرف يستندون التلف الى السبب للغرور فهذا بديهى لا شبهه فيه و مما قامت به السيره نعم فى المنافع المتجدده حيث لم يكن فيها تقديم مجانى من قبل المعطى فلا شبهه فى الضمان اى ضمان الآخذ بل الأمر كما ذكر لو اعطى المعطى مال نفس الآخذ له بعنوان مال شخص المعطى فإنه لا يشک أحد من أهل العرف فى ضمان

المعطى لذلک أیضا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۶۴

إذ المال و لو کان للآخذ و انه أتلف مال نفسه و لکن أتلفه بما انه مال المعطی و دخل تحت تصرفه مجانا فالاتلاف مستند إلی الأخذ المجانی دون مال نفسه فلیس السبب فی ذلک الا هو المعطی و هو الذی غره فی ذلک فیکون ضامنا له للغرور بمقتضی السیره العقلائیه فیرجع الیه بل لا یفرق فی ذلک بین جهل المعطی بالحال و علمه فإنه مع الجهل و الاشتباه فأیضا یکون ضامنا للمالک فلیس له ان یرجع الی الآخذ المجانی بوجه لما تقدم کما إذا کانت عنده ودیعه فاشتبه فأعطاها للغیر بعنوان انها مال نفسه فان هذا التسلیط تسلیط مجانی علی إتلاف مال الغیر فلا یضمن المعطی له بل یکون الضامن هو المعطی لکونه متلفا لمال الغیر فکانت یده ید إتلاف لا ید ودیعه إلا فی المنافع المتجدده لعدم دخولها تحت ضمان المعطی من الأول و أما فی غیرها فلا لان ذلک لیس الا کتقدیم مال نفسه للغیر مجانا ابتداء و قد عرفت انه لا یفرق فی ذلک بین المالک حدوثا و بینه بقاء کما لا یفرق فی ذلک بین المنافع و المستوفاه غیرها هذا کلّه فیما یکون التقدیم مجانیا و إذا کان التسلیط بالبیع فهو علی قسمین فإنّه تاره یکون فی مورده غرور بحیث یصدق الغرور بأنّه غرّ البائع المشتری و اخری لا یصدق اما الأول بأن یأخذ البائع مال غیره بالغصب أو السرقه و لو کان مال المشتری أیضا ثم یبیع ذلک من المشتری بقیمه قلیل بدعوی أنه مال نفسه یقصد بذلک التقرب الی اللّه و یأخذ المشتری ذلک فیأکله أو یشترط البائع فی

البيع صرفه فى أكله أو فى إحسان الغير و بعد ما يتلف المال فيخبر المشترى بالحال أو هو بنفسه يلتفت بذلك و ان المال مال نفس المشترى أو مال شخص آخر فإنه لا شبهه هنا فى ضمان بالعين بجميع شئونها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۶۵

من المنافع المستوفاه و غيرها الا المنافع التى لم تدخل تحت ضمان البائع من المنافع المتجدده كالبيض و اللبن و الثمار و نحوها و كذلك الثمن الذى هو بنفسه كان مقدما بذلك و لم يصدق الغرور بالنسبه إليه فإن رجع المالك الى المشترى فيرجع المشترى أيضا إلى البائع فإن السيره قائمه فى مثل ذلك كون السبب فى التلف هو البائع و انه هو الذى غرّ و تسبب فى التلف و أن التلف يستند إليه فإنه لو لم يبيع ذلك منه و لم يشترط إتلافه لم يقدم المشترى بذلك و هكذا فى كل مورد يصدق عنوان الغرور و استناد التلف إلى البائع و اما لو لم يصدق الغرور فلا يرجع المشترى الى البائع كما إذا سرق أحد مال غيره أو غصبه فباعه من شخص ثان بقيمه قليله و بثمن بخس و راح ثم باع الثانى من ثالث بهذه القيمه أيضا بقصد الإحسان بأن يشترط ان يعطى الفقراء و يطعم المساكين فبعد ما صرف.

الثالث المال فى الإحسان أو أكله بنفسه ثم علم انه كان مال الغير فرجع المالك الى الثالث فأخذ منه جميع ما يترتب على ماله من المنافع و العين فليس لهذا الثالث أن يرجع الى الثانى بدعوى انه متسبب فى ذلك فإن السيره قاطعه على انه لا يصدق التفويت فى مثل ذلك بوجه فليس التلف مستندا الى نفس الثانى

كما هو واضح لا يخفى و بالجمله أن هذا ليس إلا كسائر البيوع الفاسده من دون فرق بينها بوجه فيكون الضمان على من تلف عنده المال فلا بدّ و ان يخرج من عهده الضمان بل المشترى بنفسه أقدم على ذلك لا بمعنى أن الاقدام من المضمنات بل اليد أو السيره و الاقدام انما هو لدفع ما يمنع عن الضمان من الوديعه و نحوه ممّا لا يوجب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۶۶

الضمان فالإقدام بالضمان يوجب دفع ذلك المانع ثم انه ذكر المصنف فرقا فى بعض الأوصاف و قال و أما ما يغرمه بإزاء أوصافه فنان كان ممّا لا يقسط عليه الثمن كما عدا وصف الصحه من الأوصاف التى يتفاوت بها القيمه كما لو كان عبدا كاتبا فنسى الكتابه عند المشترى فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشترى على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك و أشكل عليه شيخنا الأستاد بإيراد ظاهر بأن الأوصاف مطلقا لا يقسط عليها الثمن كالشروط و لا ينافى ذلك ما يقال أن للوصف أو الشرط قسطا من الثمن لان معناه ان قيمه العين تزداد بالوصف أو الشرط لا أن مقدارا من الثمن فى الإنشاء العقدى يقابل الوصف أو الشرط و هذا لا ينافى ثبوت الخيار بين الرد و الأرش فى العيب كما سيجى ء فى باب العيب ان الأرش ثابت بالتعبد لا من باب ان الثمن يقسط على الوصف و الموصوف و الا وجب ان يكون الأرش من نفس الثمن و من هنا لم يثبت فى غير موارد خيار العيب الا الخيار بين الفسخ و الإمضاء أو فى موارد خيار العيب ليس على البائع إعطاء الأرش بدون المطالبه بل معها

بحيث لو لم يلتفت به المشترى الى الا- بد أو التفت و لم يطالب فليس على البائع شى ء و هذا بخلاف أجزاء المبيع فان الثمن واقع فى مقابلها بحيث لو لم يعط البائع بعضها لكان عليه الضمان و فعل فعلا محرما لكونه مال الغير و قد أخذ فى مقابله الثمن كما هو واضح.

قوله ثم ان ما ذكرناه كله من رجوع المشترى على البائع بما يغرمه انما هو إذا كان البيع المذكور.

أقول ان ما تقدم هنا ضمان الغار للمغرور فى مورد استناد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۶۷

التفويت اليه و انه لو رجع المالك الى المشترى فهو يرجع الى الغار و ان رجع الى البائع فهو لا- يرجع الى المشترى انّما هو فى مورد يكون البيع صحيحا من غير جهه كون البائع غير مالك بحيث يكون الفساد مستندا الى كذب البائع و تغريره و امّا لو كان فاسدا من غير هذه الجهه فيكون المقام كسائر البيوع الفاسده فلا يكون الضمان على البائع بل على المشترى بناء على ما ذكرناه من ان فاسد- البيع يضمن فيه كما يضمن فى صحيحه كما هو واضح.

[بحث فى تعاقب الأيدى]

قوله ثم انه قد ظهر ممّا ذكرنا ان كل ما يرجع المشترى به على البائع.

أقول ظهر من مطاوى ما ذكرنا أيضا ان الغرامات التى توجه إلى المشترى يرجع بها الى البائع مع الغرور و انه لو رجع المالك الى البائع حينئذ فلا يرجع هو الى المشترى و مع عدم الغرور نظير فساد البيع فيرجع البائع مع رجوع المالك إليه إلى المشترى و لو تعاقبت الأيدى فيرجع كل سابق الى لا حقه الى ان ينتهى الأمر إلى الذى تلف العين عنده أو هو أتلفها

فيغرم قيمه العين و المنافع التى فاتت تحت يدها دون المنافع الفائته تحت الأيدى السابقه فإن قلت ان كلا من البائع و المشترى يتساويان فى ضمان العين و حصولها تحت يدهما و هكذا الأيدى لاحقه و هو سبب للضمان عن كون يدهما يد العاديه فكلهم مشتركون فى ذلك فلا وجه لرجوع البائع إلى المشترى و هو لى لا حقه و هكذا الى ان ينتهى الأمر الى من انتهى اليه الأمر الا ان يستند الضمان إلى الإتلاف فإنه حينئذ يستقر الضمان إلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۶۸

ذمه من صار سببا للإتلاف.

فقد أجاب العلامه الأنصارى بما حاصله ان الشى ء الواحد انما يكون له ضمان واحد فكيف اشتغلت الذمم المتعدده عند تعاقب الأيدى بشى ء واحد و لم يكن مقتضى على اليد الا شى ء واحد.

فقال اشتغال الذمم المتعدده و كون ضمان العين الى العهدات العديده معناه لزوم خروج كل منهم عن العهده عند تلفها و حيث ان المضمون ليس إلا شيئا واحدا فمعنا تسلّط المالك الى رجوع كل منهم ليس الا تسلّط رجوعه الى واحد منهم على البدل فمن ایّ منهم استوفى البدل لسقط حقه عن الغير و تسلّط الرجوع الى الآخر و هذا نظير الواجب الكفائى فى الأحكام التكليفيه فكما ان فى الواجب الكفائى ان التكليف متوجه الى الكل بحيث لو تركوا لعوقبوا جميعا و لو اتى الواحد سقط عن الجميع و هكذا فى المقام ان الضامن للعين جميع من ثبتت يديهم بها يدهم بها بحيث لو لم يعط واحدا لطولب و عوقب الجميع و لو ادى واحد لسقط عن الباقين فللمالك ان يرجع الى أى منهم على البدل و بعد أخذه ماله ممّن رجع اليه

فهو يرجع الى اللاحق و هو الى لا حقه و هكذا الى ان ينتهى إلى المتأخر الذى تلف المال عنده.

و هذا الوجه ينطبق على مسلك الجمهور حيث انهم ذهبوا الى ان الضمان من ذمه إلى ذمه أخرى لا من ضمن كما عند الإماميه ليكون المال منتقلا- إلى ذمه الضامن فان الجمهور التزموا فى باب الضمان على ذلك و ان من يكون ضامنا عن شخص فيضم ذمته إلى ذمه شخص المضمون عليه فيصير الضامن اثنان و هكذا بحيث مع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۶۹

تعدد الضامنين يتعدد الذمم للضمان و يضمن كلهم العين فى- عرض واحد على البدل نظير الواجب الكفائى.

و انا و ان أنكرنا ذلك عليهم فى باب الضمان و لكنه من جهه عدم الدليل فحيث اقتضى الدليل فى المقام الالتزام بذلك فلا مانع من الالتزام به و من هذا القبيل من الضمان على البدل نظير الواجب الكفائى موارد كثيره كما ذكر الفقهاء منها انه إذا لم يطمئن كل من البائع و المشترى على الأخر خوفا من ان يظهر المثمن أو الثمن مستحقا للغير فيطلب الضامن على العوض فعند خروجه مستحقا للغير ليكون دركه عليه فقد ضمن الضامن العين فى عرض ضمان البائع أو المشترى بنفسها هنا فللمضمون عند خروج العوض مستحقا للغير ان يرجع بأى منهما شاء فليس المال منتقلا إلى ذمه الضامن ليكون عهده المال الى الضامن فقط فان العين موجوده فى الخارج و منها الضمان بالأعيان الشخصيه الخارجيه المضمونه فإن فيها أيضا ان الضمان من ضم ذمه إلى ذمه أخرى و لم ينقل الضمان من شخص الى آخر لوجود العين فى الخارج فيكون الضمانان فى عرض واحد بل عن أبى حمزه

انه يمكن ان يضمن اثنان ابتداء لشى ء واحد من دون ان يكون ضمان أحدهما متقدما على ضمان الآخر كما عرفت و هكذا عن الشهيد و العلامه فى درسه انه نفى المنع من ضمان اثنين على وجه الاستقلال كالعبادات الواجبه كفايه و منها أموال الغاصب من الغاصب و هكذا من الموارد الكثيره هذا كله حال المالك بالنسبه إلى ذا الأيدى و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بما حاصله ان الضمان على نحو الواجب الكفائى إنّما يتصور فى-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۷۰

الواجبات التكليفيّه فإنه لو قلنا ان الأداء بنحو الواجب التكليفى لكان لذلك وجه فيكون ذلك مثل الترتب انه يجب الأداء بهذا الشخص ان لم يؤد الآخر فيتوجه الأمر بالأداء الى كل منهم بعنوان الواجب المقيد و لكنه ليس الأمر كذلك فباب الضمان لا يقاس بالأحكام التكليفيه فلا يعقل الضمان بنحو الترتب بحيث يكون كل منه فى عرض الضمان الأخر بل لا بد و ان يشتركا فى الضمان أو يكون على واحد فقط و الا لو قلنا بانّ ضمان كل منهم مقيد بعدم ضمان الأخر معناه ان لا يضمن جميعهم نعم يمكن القول بالترتب الطولى فهو غير مسلك العامه كما إذا أمر شخص بضمان لشخص عنه و هكذا فان كل منهم ضامن فى طول الأخر بحيث لو لم يؤدى المضمون عليه دين المديون فيرجع الى ضامنه لانتقال المال الى ذمته فيرجع هو الى المضمون عليه لكون ضمانه بامره و هكذا المتأخرون راجع الى تقرير الميرزا و الحاصل ان كلامنا كان فى تصوير الضمان فى تعاقب الأيدى على كل واحد من الأشخاص مع كون المال واحدا بأنه فلما ذا يرجع السابق الى اللاحق مع عدم الغرور

و أن المالـك كيف يرجع على كل واحـد منهم مع كون المال واحـدا فلا يضـمن المال الواحـد الا شـخص واحـد. و قـد وجّهه شيخنـا الأنصـارى ذلـك بتنزيلـه منزله الـواجب الكفـائى و انه كمـا أن الـواجب فى الـواجب الكفـائى شـى ء واحـد و ان كـان- المكلفين كثيرين و متعـددين بحيث لو اتى الواحـد منهم سـقط عن الباقين و الا فعوقب الجميع و هكذا فى المقام فانّ المال مال واحد و ضمانه ضمان واحد و لكن الضامن متعدد بحيث لو أدى المال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۷۱

واحـد منهم سـقط حق المالك عن الباقين و ان كان لكل واحد منهم ان يرجع الى الآخر و ان لم يؤدى لكان كلهم ضامنين على ذلـك و أشـكل عليه شـيخنا الأسـتاد بـأن تنزيل المقام بباب الواجب الكفائى غير معقول إذ مرجع وجوب الكفائى إلى انّه يجب لكل واحـد من المكلفين إتيان الواجب لو لم يأت الآخر فيكون إتيان كلّ منهم واجبا مشـروطا بعدم إتيان الآخر فإذا اتى فيسـقط عن الباقين نظير الالتزام بالتكليف الترتيبى فى الضدين كما نقح فى الأصول و هذا المعنى غير ممكن فى المقام فان معنى اشتراط وجوب الضـمان على كل واحـد بعدم وجوبه على الآخر ليس الا نفى الضـمان عنهما بالمره فإن معنى انّ هذا ضامن ان لم يجب على الآـخر و ذلـك هنـا من ان لم يؤد هـذا انّ كـلّ منهما ليس بضامن فما ذهب اليه الجمهور من ان الضـمان ضم ذمه إلى ذمه أخرى فى الضـمان الاختيارى فاهنا غير معقول كما ذكرناه لرجوع ذلك الى انتفاء الضـمان عنهم الا ان يقال بالشـركه أو بضمان كلّ على المالك مستقلا ليكون المال واحد عوض كثير فهما

کما تری.

الاـ ان یقال بالضمان الطولی و الترتیبی لا بالمعنی المذکور بل بمعنی أن کل واحد من الضامنین فی طول الضامن الأخر و ان اللاحق یضمن لما ضمنه السابق و هکذا کما فی الضمان الاختیاری و من هنا یرجع اللاحق علی السابق فی الضمان الاختیاری لأمر السابق علی ذلک فیه و بالجمله أن ما ذهب الیه المصنف لا یمکن المساعده علیه و لو صح ذلک فلا بدّ و ان یلتزم القائل به بکون الضمان لهما علی نحو الاشتراک لعدم إمکان تعلق مال واحد بذمه شخصین

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۷۲

فان لازمه ان یکون للدرهم الواحد ابدال عدیده و فیه ان ما افاده شیخنا الأستاد لیس بصحیح من حیث البناء و المبنی اما من حیث المبنی فإنه قد بنی فی تصویر الواجب الکفائی علی ان الواجب و ان کان شیئا واحدا الاـ ان الخطاب متوجه الی جمیع المکلفین فلا بدّ لکل واحد منهم إتیانه و لکن مع إتیان الواحد سقط عن الباقین.

و توضیح ذلک أن فی الواجب التخیری قد تعلّق الغرض بإتیان أحد الأمرین أو أمور عدیده بحیث یکون غرض المولی قائما بإتیان واحد منهما مع إلغاء الخصوصیه و یکون إتیان کل من الأمرین وافیا لغرضه و مقصوده و حینئذ یستحیل للمولی أن یأمر عبده بإتیان أحدهما بالخصوص لکونه ترجیحا بلا مرجّح.

و ککک الکلام فی الواجب الکفائی غایته أن التعدد فیه فی ناحیه المکلّف دون الواجب بان یکون غرض المولی متعلقا بإتیان واجب و تحققه فی الخارج کصلاه المیت مثلاـ فان غرض المولی انما تعلّق بصدور الفعل من شخص واحد ایّ شخص کان بإلغاء الخصوصیات و تعیین شخص خاص مع کون الواجب واحدا فلیس

معنى ذلك ان وجوبه على هذا الشخص مشروط بعدم وجوبه على الآخر و هكذا و هكذا و عليه فليس مبناه هذا فى المقام صحيحا و موافقا لمبناه فى الأصول و ان الواجب الكفائى كما عليه فى الأصول خارج عن- الواجب المشروط و الترتب بالكليه كما هو واضح.

و لو سلمنا مبناه فبناؤه عليه ليس بصحيح و ذلك فان ما ذكره من المحذور من انّه لو كان الضمان على نحو الواجب الكفائى فلازمه عدم ضمان كل منهما فيلزم انعدام الضمان انّما يلزم لو كان الضمان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۷۳

مقيدا بعدم الضمان الآخر و وجوب الضمان على الآخر مقيدا بعدم الضمان على هذا فعليه لا يختص المحذور بباب الضمان بل يجرى فى الواجب التكليفى أيضا فإنه يقال لو كان الواجب الكفائى كصلاه الميت مثلا مقيدا بعدم كونها واجبه على الآخر و بالعكس فيلزم ان لا يكون هنا واجب أصلا و لكن الأمر ليس كك فإنه ره التزم فى الواجب الكفائى بناء على صحه المبنى أن الواجب على هذا الشخص مقيد بعدم إتيان الآخر مع الوجوب عليه لا بعدم كونها واجبه على الآخر و الا فالمحذور موجود فى المقامين و عن المقام إذا قلنا ان الضمان على هذا مفيد بعدم إتيان الآخر لا بعدم الضمان الذى هو مثل عدم الوجوب على الآخر فى التكليف فلا يلزم المحذور و لا ينافى بكون الواجب على كل مكلف و جميعهم و لكن الواجب مقيد بمعنى ان كونها واجبه على زيد مقيده بعدم إتيان الآخر على الآخر يلزم المحذور و لكن لازمه الالتزام بمثله فى التكليفيان أيضا و ان كان مقيدا بعدم إتيان الآخر فلا يلزم فيه محذور بوجه حينئذ

و هكـذا فى باب الضـمان فإنه مطلق و ثابت لكل من وضع يده على المال و انّما الخروج عن العهده مقيّد ایّ لزوم ان يخرج هذا عن عهده الضمان مقيد بان لا يكون الآخر خارجا عن عهدته و الا فيسقط حق المالك بأداء واحد عن الباقين كما لا يخفى.

و بالجمله ثبوت الضمان على هذا لو كان مقيدا بعدم الضمان بل لم يقل أحد باستحاله هذا النحو من الضمان و ان كان يظهر من بعض كلمات العلامه ذلك و لكن لعل مراده من ذلك نفى الضمان عن كل منهم استقلالا بحيث يكون لكل واحد منهم ضمان خاص و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۷۴

يكون المال ثابتا عليه ليلزم كون مال واحد ذى عوضـين و بدلين بل ذى ابدال عديده و الا فلا استحاله هنا بوجه و ما أنكرنا على العامه فى باب الضمان الاختيارى لم يكن ذلك من جهه الاستحاله بل من جهه عدم الدليل عليه فلا محذور فيه لو اقتضاه الدليل بل لا بـدّ من الالتزام به فى بعض الموارد كما إذا غصب احد مال شـخص فغصب منه شـخص ثالث فتلف عنده فإنه أى المالك يرجع الى ایّ منهما شاء و هذا ليس الا القول بالضمان على طريقه العامه من كونه ضم ذمّه إلى ذمه أخرى فتحصّل ان هنا ضمان متعـدده لمال واحـد فلا يلزم من ذلك التعـدد كون قران واحد صاحب ابدال كثيره بل صاحب بدل واحد ينطبق على الكل على سبيل البدليه.

ثم مع الالتزام بالواجب الكفائى أى بكون الضمان هنا كالواجب الكفائى فما الفرق بين هذا المقام و سائر الواجبات الكفائيه فلما ذا يجوز للسابق منهم ان يرجع الى اللاحق مع عدم

الغرور و ليس كـذلك فى موارد اخرى من الواجبـات الكفـائيه كما إذا كان شـخص عطشانا فيموت به فيجب على كل من اطلع على حـاله ان يسـقيه بالماء و لو كانت قيمته ألف فإذا سـقاه أحـد فليس له ان يرجع الى أشـخاص آخرين ممن اطلعوا على حاله فللمقام أى خصوصيه اقتضت جواز رجوع من ادى ما ضمنه الى الضامن الآخر.

و قد أجيب عن هذا الاشـكال بوجوه منها ما فى حاشيه السيد من انه كما ان فى صوره الإتلاف يكون المتلف سببا لتنجّز الضمان على السابق فبقاعده استناد الفعل الى السبب لكونه أقوى من المباشر ففى صوره التلف أيضا انّ من عنده تلف المال فهو سبب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۷۵

لتنجّز الضـمان للسـابق أيضـا فـإنه أى اللاحق كان له الاختيار فى رده الى المالك فحيث أنه بسوء اختياره لم يرده اليه فيكون هو السـبب لتنجّز الضـمان على السابق فيرجع السابق الى اللاحق مع رجوع المالك اليه لذلك أى لقاعده استناد الفعل الى السبب ثمّ قال انه بعد ذلك لا احتياج الى التوضيح الذى ذكره المصنف.

و فيه ان هذا على تقدير تماميته فى الإتلاف بدعوى كون المتلف سـببا لثبوت الضـمان على سابقه فبمقتضى ان السبب أقوى من المباشـر فيرجع السـابق لو رجع اليه المالـك الى لاـحقه المتلف فهـذا له وجه فى صوره الإتلاف مع وضوح المناقشه فيه أيضا إذ الإتلاف ليس سـببا للضـمان هنا بل الضمان قد تحقق قبله بمقتضى اليد فضمن المال المأخوذ السابق و اللاحق كليهما حتى يودّيا المال الى مالكه فلم يتوقف ذلك بشـى ء أصـلا و انما الإتلاف أوجب الانتقال إلى الذمه فهو معنى آخر غير الضـمان فلا يكون اللاحق سببا لضمان السابق

بل سبب الضمان فى كلهم انّما هو الأخذ باليد و الاستيلاء على مال الغير كما هو واضح.

و مع الغمض عن ذلك فلا وجه لتسريه الحكم إلى صوره التلف أيضا فإن المال إذا تلف عند اللاحق بلا تسبيب و إتلاف بل بتلف سماوى فلما ذا يرجع السابق اليه مع كون نسبه ضمانه إليهما على حد سواء إذ كل منهما وضع يده على ذلك المال و لم يفعلوا شيئا يوجب إتلافه بل تلف ذلك ببلاء من اللّه فلما ذا يختص اللاحق بالضمان دون السابق فلا يمكن قياسه بالإتلاف لعدم التسبيب هنا بوجه و ان كان هناك ما يوجب تصوير التسبيب إجمالا فكون اللاحق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۷۶

مختارا فى رد العين الى المالك فلم يرده فتلف عنده لا يكون سببا لثبوت الضمان اللاحق فانّ اللاحق مع السابق سيّان فى ذلك المعنى لكون السابق أيضا مختارا فى رد العين الى مالكها كما لا يخفى.

انتهى كلامنا إلى انه يرجع السابق الى اللاحق فى صوره تعاقب الأيدى على المال المغصوب إلا فى صوره الغرور و لا يرجع اللاحق الى السابق إلا فى صوره الغرور مع ضمان كلّهم على المال المأخوذ و قد أجيب عن ذلك بوجوه.

منها ما أجاب به السيّد فى حاشيته بقوله يمكن الجواب بعدم الفرق بين التلف و الإتلاف فى صدق السببيه إلخ.

و منها ما أجاب به المصنف و حاصل كلامه على ما يظهر من ظاهر عبارته

أن الغاصب الأول أو من فى حكم الغاصب أى بائع مال الغير مثلا بالبيع الفاسد بعد أخذه من الغير كذلك انما هو ضامن للعين نفسها فالغاصب الثانى و من فى حكمه انّما هو ضامن للعين و بدلها اما العين

فلمالکها و اما البدل فللضامن الأول و هذا بخلاف الضامن الأول فان فی زمان کون العین تحت یده لم تتلف لیضمن العین بمالها بدل بل کان ضمانه منحصرا بالعین وحدها و اما الضامن الثانی حیث ان العین قد تلفت عنده فیکون ضمانه بها بما له البدل و هذا الضمان بالبدل ضمان لما استقر تدارکه فی ذمه الأول فالضامن الثانی لما ضامن لأحد الأمرین اما العین أو البدل علی نحو البدلیه بنحو الضمان العوض و الحاصل ان من تلف المال فی یده ضامن لأحد الشخصین علی البدل من المالک و من سبقه فی الید فتکون ذمته مشغوله بشیئین

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۷۷

علی سبیل البدلیه اما تدارک نفس العین أو تدارک بدلها فحال الأول مع الثانی کحال الضمان مع المضمون عنه فانّ الضامن لشخص عن دین بامره انّما یرجع الی المضمون عنه مع أداء دین الدائن و الا فلا یستحق بذلک فإذا رجع المغصوب منه الی الأول فأخذ منه تدارک العین فیرجع هو الی الثانی فیأخذ منه تدارک ما استقر فی ذمته لضمان الثانی علی ذلک.

و بالجمله أن ظهور کلام الشیخ (ره) فی الغاصب الثانی انّما انه ضامن لتدارک العین للمالک و بدلها لتدارک ما فی ذمه الغاصب الأول للاول و علی هذا فیندفع اشکال عدم صحه رجوع السابق الی اللاحق فی صوره عدم الغرور إذ السابق یطالب من اللاحق ما استقر فی ذمته فیرجع إلیه فی ذلک و هذا بخلاف ما إذا رجع المالک الی الثانی فإنه لا یرجع الی اللاحق فی غیر صوره الغرور لعدم اشتغال ذمته للثانی کاشتغال ذمه الثانی للأول.

فما لم یرجع المالک الی الأول لیس له ان یرجع الی الثانی

لأنّ الأول لم يتـدارك العين للمالك حتى يرجع الى الثانى فى البـدل الـذى حصل به التدارک و انّما له الرجوع اليه بعد ما رجع المالک الى الأول.

و فيه أوّلا و قبل كل شـى ء ان الغاصب الأول و الثانى و هكـذا لم يضـمنوا الا العين بمجرّد وضع اليد بها فلم يضـمنوا ببدلها قبل التلف فبالتلف أو الإتلاف ينتقل الضـمان بالبـدل لانتقال العين إلى الـذمه و هـذا المعنى مشترک بين جميع من تعاقبت يده على العين المغصوبه من دون فرق بين الأول و الثانى فما ارتكبه المصنف لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۷۸

يمكن المساعـده به لعـدم الـدليل عليه و بـالجمله ان قبـل التلف- كلهم ضـامنون بالعين و بعـده كلهم ضامنون بالبـدل فليس هنا ضمان على العين مما له البـدل ليكون الضـمان من اللاحق على تـدارک نفس العين أو بـدلها على البدل بحيث يكون مخيرا بين البدل و المبدل.

و قد أجاب السيّد فى حاشـيته عن ذلک بوجوه سبعه و ان كان يمكن الجواب عن بعضها و العمده منها ثلثه الأول مما لا جواب عنه أن السابق أيضا يصدق عليه انه ضامن شى ء له بدل فإنه و ان لم يكن حين حصول العين فى يده لها بدل لان ضمان اللاحق لم يتحقق فى ذلک الحين لفرض حصوله بعد وضع اليد عليها الا ان الملاک فى اسـتقرار الضـمان بالنسـبه إلى الكل انّما هو بعد التلف فح يصدق ان كلا منهم ضامن لما له يدل فان المناط ليس حال حدوث الضمان بل حال فعليته.

و بالجمله حين التلف الذى هو زمان الانتقال إلى القيمه يصدق بالنسبه إلى الكل أنه ضامن لما له بدل بل أبدال.

الثانى أن مقتضى ذلک كون ضمان

الأول أيضا لمالك العين لا لمن عليه البدل فان البدل الذى فى ذمه السابق انما هو لمالك العين فبدله و هو ما فى ذمه اللاحق أيضا يكون للمالك و هو من له البدل و لا وجه لكونه لمن عليه البدل و هو الضامن السابق.

الثالث إذا فرضنا ان العين بعد ما صارت فى يد اللاحق رجعت الى السابق فتلفت فى يده فالظاهر أنه لا يجوز للسابق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۷۹

حينئذ إذا رجع اليه المالك أن يرجع الى اللاحق فلازم بيان المصنف ان يكون له الرجوع عليه لانه يصدق على اللاحق أنه ضمن شيئا له بدل بخلاف السابق و دعوى أنه بعد ما رجعت العين الى السابق ينقلب السابق الى اللاحق دعوى باطل بان الضمان انّما حدث بإثبات يده الأول و فى ذلك الحين لم يكن له بدل و بعد العود اليه لا يحدث ضمان آخر مثلا إذا غصب عينا و ضمن فأعطاه غيره أو أخذ منه قهرا ثم ردّه ذلك الغير اليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانيه بل الضمان الحادث أو لا باقى و قرار الضمان على الغاصب الأول إذا تلف المال فى يده بعد العود اليه و لازم بيان المصنف قده أن يكون قرار الضمان على الغاصب الثانى مع أنه لم يتلف فى يده و قد ذكر الإشكالات الآخر أيضا.

ثم انّ شيخنا الأستاد لم يرض بما فهمه السيد ره من كلام الشيخ ره و انّما حمل كلامه على الضمان الطولى و قال انّ الضمان العرضى بحيث يكون لمال واحد ضمانان غير معقول و حاصل ما قاله مع طول كلامه أن الإيرادات السبعه المذكوره فى كلام السيد ره مبنيه على

اراده المثل و القيمه من البدل ليكون بدلا لأصل المال من المنافع و علوّ القيمه و نحوهما خ للقول بان ثبوت مثل ذلك على السابق وجه و اما لو كان المراد من البدل فى كلام المصنف البدل الطولى بمعنى أن السابق متعهد للمال قبل اللاحق و اللاحق متعهد لما فى ذمه الأول و عهدته فالمال الواحد فى ذمم كثيره بهذا النحو من الظرفيه و هذا منشأ رجوع السابق الى اللاحق دون العكس لكون اللاحق بهذا الاعتبار ضامنا للمالك و للسابق لان ذمته

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۸۰

مخرج لما يؤخذ من السابق فهو يضمن على البدل اما نفس العين بما انها فى ذمه السابق و اما ما يؤخذ من السابق فلا يرد أن كلا منهما ضامنان للبدل.

و انما التزمنا بالزمان الطولى لاستحاله تعهد شخصين لمال واحد عرضا بان يكون ذمه كل منهما ظرفا لمال واحد فإنه نظير ثبوت شى ء واحد فى آن واحد فى أمكنه المتعدده فيما يمكن هو التعهدات الطوليه على النحو الذى ذكرنا نظير التعهد الطولى فى الضمان الاختيارى فى باب الضمان فان الضامن بضمانه دين المضمون عنه يكون المال منتقلا من ذمه المديون إلى ذمه الضامن فيكون هو المطالب بالمال دون المديون فلا يرجع الضامن الى المضمون عنه الا بعد الإعطاء فكذلك السابق هنا لا يرجع الى اللاحق الا بعد الإعطاء و بالجمله فكلام الشيخ فى بيان تلك الجهه و الضمان الطولى.

و فيه مع بعد اراده ذلک من كلام المصنف بظهوره فيما قلنا و فيما فهمه السيّد انّ هذا الّذى أفاده الأستاد و ان كان ممكنا فى مقام الإثبات و الوقوع.

و ما افاده من استحاله ضمان شخصين لمال واحد لا يرجع

الى محصل بل مما لا مناص عنه فى بعض الموارد كما تقدم من انه إذا غصب احد مال شخص و غصب الآخر منه فتلف عنده فانّ المالك له الرجوع بأى منهما شاء و انّ كل منهما ضامن للمال فالضمانان عرفيان كما لا يخفى.

و كيف كان فيقى الاشكال بلا جواب فلم يكن جواب عنه لا بما ذكره المصنف بالضمان العرضى و لا ما ذكره السيّد ره بقاعده استناد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۸۱

الفعل الى السبب لكونه أقوى و لا ما ذكر الأستاد من الضمان الطولى الذى نسبه الى الشيخ ره.

و من الأجوبه ما أجاب به صاحب الجواهر من أن التكليف المتوجه الى الغاصب الأول تكليفى محض متعلق بأداء ما أخذه بالمثل أو القيمه و التكليف المتوجه الى الغاصب الثانى (أى الثانى هنا كالمعقول الثانى و ان تعددوا) تكليف وضعى مضافا الى التكليفى لكون المال تالفا عنده و بضميمه أن الغاصب الأول بأداء عوض- التالف يكون مالكا له بالمعاوضه القهريه و ان كان معدوما كملك المعدوم فى المعامله الخياريه فان ذى الخيار بفسخه المعامله يكون مالكا للمثمن مع التلف لو كان الخيار من الخيارات التى لا تسقط بالتلف و فى المقام أيضا يكون كذلك و على هذا فان رجع المالك الى الثانى فيسقط عن الأول ذلك الحكم التكليفى و ان رجع الى الأول فباعطاء البدل من المثل أو القيمه يسقط عنه الحكم التكليفى فيرجع فى المال البدل الى الثانى فإنه هو الذى اشتغل ذمته بالبدل لتوجه التكليف الدعى عليه و أو رد الشيخ ره على كلتا جملتيه اما الجمله الأولى فبوجوه ثلثه.

الأول انه راجع بمقام الثبوت و مبنى على ما أسسه فى باب الاستصحاب من

ان الاحكام الوضعيه منتزعه من الأحكام التكليفيه.

و حاصل ذلك انّ الحكم الوضعى هنا منتزع من الحكم التكليفى ففى أى مورد حكم تكليفى متوجه على المكلف بأداء العين أو المثل أو القيمه ففى ذلك المورد أيضا حكم وضعى و الا فلا.

و قد قلنا فى محلّه انه لا معنى لانتزاع الأحكام الوضعيه من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۸۲

الأحكام التكليفيه و الظاهر انه مما لا خلاف بين الفقهاء أن من يجب عليه الإنفاق على من يجب إنفاقه عليه من الأب و الأمم و الأولاد و الزوجه انه لو خالف و لم ينفقهم انه لا يضمن بالأولاد و الأب و الام و لكن يضمن بالزوجه مع ان الحكم التكليفى موجود فى جميعهم فأى فرق بينهم هذا ما يرجع الى مقام الثبوت و الآخران يرجعان الى مقام الإثبات.

الثانى انه لا دليل على عدم ضمان الأول بل الثانى فقط فان سبب الضمان ليس الا اليد فهى بالنسبه إليهما على حد سواء و كون التلف أو الإتلاف تحت يد الثانى لا يوجب الا انتقال البدل إلى الذمه دون أصل الضمان كما لا يخفى.

الثالث أن لنا دليل على ضمان الأول فإن السيره قائمه على اشتغال ذمه الغاصب الأول بما أخذه من الغير باليد العاديه أو بالبيع الفاسد و ان أعطاه إلى الغير بلا غرور و من هنا لو مات لكان ما فى ذمته من جمله ديونه و يصح الصلح عليه فلو كان المتوجه اليه مجرّد الحكم التكليفى لم يكن وجه لهذه الأمور بل لو لم يدفع لا جبر بذلك مع انّه لا وجه لذلك مع كون الخطاب تكليفيا محضا بل يسقط بالعصيان و بالموت فلا وجه للأخذ من ماله أو إجباره

على الدفع و غير ذلک من الأحکام المتعلقه على ما فى الذمه.

و اما ما يرجع الى الجمله الثانيه من ان الغاصب الأول يملک بإعطاء البدل ذلک البدل فى ذمه الغاصب الثانى بلا وجه لوجهين الأول انّ التملک لا يحصل الا بسبب إما اختيارى أو غير اختيارى کالإرث ففى المقام شى ء منهما غير موجود فبأى سبب ملک الأول ما

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۸۳

فى ذمه الثانى ليکون هذا سبب الرجوع اليه بل يسقط حق المالک بمجرّد أداء واحد لعدم بقاء الموضوع له و هذا الذى أفاده راجع الى مقام الإثبات أيضا و انه لا دليل لتملک الأول لما فى الذمه الثانى و ان کان معقولا فى الواقع و مقام الثبوت.

الثانى ان لازم ذلک ان لا يرجع الأول مع رجوع المالک اليه الا الى من تلف المال فى يده فإنّ بإعطائه البدل يسقط الأحکام التکليفيه المتوجهه على الغاصبين لاداء البدل فلم يبق إلا الأخير لکون خطابه ذميا فلا يسقط بأداء الأول فلا بد من ان يرجع اليه فقط دون غيره مع انهم ذکروا انّه يجوز ان يرجع الى اى منهم شاء فان رجع الى الأخير فتم المطلب و ان رجع الى الوسط فيرجع- الوسط إلى الأخير فهذه الإيرادات غير الإيراد الأول لا بأس بها لتماميتها اذن فلا وجه لهذا الجواب الذى سلکه صاحب الجواهر فبقى الاشکال على حاله من انه کيف يرجع السابق على اللاحق مع رجوع المالک إليه فى غير صوره الغرور و کذلک کيف لا يرجع الثانى إلى الأول فى غير صوره الغرور مع رجوع المالک اليه و إذا رجع المالک الى الوسط فلما ذا يرجع الى اللاحق فلا يرجع الى السابق فى

غير صوره الغرور.

و لكن الـذى ينبغى ان يقـال ان لصـاحب الجواهر أخـذ الجمله الثـانيه و ترک الجمله الأـولى بأن يقال أن الغاصب الأول يملک التالف المعدوم کملک المعدوم فى باب الخيارات و الذى يوضح ذلک أمران فالأول منهما أوضح من الثانى.

الأول أنّ فى موارد الضمانات بالإتلاف بأن غصب أحد أو سرق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۸۴

مال الغير فأتلفه أو أتلفه سـهوا و نسـيانا فان النسـيان لا ينافى الضـمان كما قرر فى حديث الرفع لا شبهه أن للمالک أن يرجع الى المتلف إذا أراد و يأخـذ منه بـدل مـاله و مـا بقى من مـاله من الرضـاض و الكسور فهو للضـامن و ليس للمالک ان يـدعى كون الرضاض له مثلا لو أتلف أحد سياره احد بالكسر أو ذبح فرس شخص أو أهلكه و غير ذلک و رجع اليه المالک و أخذ منه بدل مـاله من المثـل أو القيمه فليس له أن يأخـذ رضـاض السـياره أو جلـد الفرس أو ميته فـإنّه ذلـک كله حق للضـامن و الا فلو كان للمالک يلزم الجمع بين العوض و المعوض و لو كان للأجنبى فهو خلاف البـداهه فيكون للضامن و هذا الذى قامت عليه السـيره العقلائيه بل سـيره المتشرعه من الزمن الفعلى إلى زمان المعصوم (ع) و على هذا فإذا أو الغاصب الأول بدل العين فيكون التالف بالمعـاوضه القهريه إلاـ إذا كان اعتبار الملكيه هنا لغوا كما إذا كان الغاصب واحـدا فتلف عنـده المال فأخـذ المالک منه فاعتبار ملكيه التالف له لغو لما قلنا من إمكان مالكيه المعـدوم فحيث انّه تلف عنـد اللاحق فيرجع اليه و بالجمله على هذا فرجوع السابق الى اللاحق انّما هو مقتضى السيره العقلائيه القطعيه كما

هو واضح. الوجه الثانى انه لا شبهه فى انّ التالف فى موارد التلف الذى ليس الا للمتلف بعد رجوع المالك اليه بمقتضى السيره العقلائيه القطعيه فيكون المقام مثله مثلا لو غصب احد مال شخص من الجواهر و الأحجار الثمينه أو سرقه أو بغير ذلك فألقاه فى البحر بحيث يعد ذلك فى العرف تلفا عرفيا فرجع اليه المالك فأخذ منه مثله ان كان مثليا أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۸۵

قيمته ان كان قيميّا فان قلنا ان ذلك الجواهر فى قعر البحر للمالك أيضا بحيث لو وجد لكان له فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فهو ضرورى البطلان و ان قلنا انه يكون ملكا للأجانب أو كالمباحات الأصليه فهو خلاف الضروره من العقلاء و الفقه فلم يبقى الا ان يكون للضامن بعد إعطاء عوضه و فى المقام أيضا كذلك و يتضح ذلك وضوحا بملاحظه موارد التلف الحقيقى و موارد التلف العرفى اذن فلا يلزم شى ء من الاشكال فيندفع المحذور من أصله بأنه كيف يرجع السابق أو الوسط الى اللاحق مع رجوع المالك اليه دون العكس.

و الحاصل ان الوجه فى رجوع السابق الى اللاحق هو ان السابق بإعطاء بدل التالف الى المالك يكون مالكا للتالف الذى فى ذمه من تلف عنده بالمعاوضه القهريه فيعتبر الملكيه فى ذمه المتلف لكون الاعتبار خفيف المئونه فبرجوع المالك اليه يتحقق ذلك الاعتبار فيرجع الى اللاحق لذلك و الذى يوضح ذلك أمران الأول أن فى موارد التلف الحقيقى لو بقيت اجزاء من العين التالفه فتكون تلك الاجزاء داخله فى ملك الغاصب بإعطاء البدل لانه لو لم يكن ملكه بالمعاوضه القهريه فلا بدّ اما من القول بكونها من المباحات الأصليه فهو بديهى

البطلان و اما كونها للمالک فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فيكون ملكا للغاصب و هذا المعنى ممّا قامت به السيره-العقلائيه كما يظهر لمن يلاحظ موارد ذلک.

الأمر الثانى ملاحظه موارد التلف العرفى كما إذا سرق السارق مال غيره أو غصبه أو أخذ بغير ذلک العنوان فألقاه فى البحر فطالبه المالک و أخذ منه بدله فيكون ذلک التالف عرفا للمتلف بالسيره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۸۶

العقلائيه فإذا خرج من البحر أو وجد من الموضوع المفقود فيكون للغاصب و ليس ذلک من المباحات الأصليه و لا انه للمالک الأول لكون كل ذلک خلاف مقتضى السيره القطعيه و ليس ذلک من قبيل البدل الحيلوله فإن موردها كما تقدم صوره تعذر الوصول الى المال و من هنا لو صاد أحد طيرا فجعله فى قفس ففتح بابه ثان فطار الطير فأعطى بدل ذلک الطير ثم قتله ثالث بالبندقه و نحوها فيكون ضامنا للثانى فإنه بإعطاء العوض يكون مالكا لذلک الطير و هكذا و هكذا فإنّ السيره فى أمثال جميع ذلک محكمه.

و ما نحن فيه من هذا القبيل حيث انّ الغاصب الأول و إذا اعطى بدل التالف للمالک مع الرجوع اليه فيكون بذلک مالكا لذمه من تلف المال عنده فيستحق بذلک الرجوع الى اللاحق لاعتبار ملكيته فى ذمته لعدم كونه لغوا.

نعم فيما كان لغوا لا يعتبر الملكيه كما إذا كان الغاصب بنفسه ممن تلف المال عنده فاعتبار الملكيه له على التالف بحيث لم يبق منه شى ء من الاجزاء و الرضاض لغو محض هذا كله فى وجه رجوع السابق الى اللاحق.

و اما وجه عدم رجوع اللاحق الى السابق مع كون ذمه كلهم مشغوله بالتالف.

و قد أفاد السيد فى وجه

ذلـک ان اللاـحق هو السـبب لضـمان السـابق حیث انه باختیـاره ترک الرد الی المالک فتلف عنـده فصار سـبب الضـمان السابق فیکون الضمان علیه و علی السابق و لکن مع رجوع المالک الیه لا یرجع الی السابق فلو کان وسطا یرجع الی لا حقه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۸۷

فی غیر صوره الغرور.

و فیه أنه قد تقدم جوابه من انه مع قبول صـحه اسـتناد الضـمان الی السـبب فی أمثال المقام لکونه أقوی و لم نستشکل فی اقوائیه مثل تلک التسـببات أن السـبب للضـمان لیس عدم رد الثانی إلی المالک بل انما هو الأخذ بالید العادیه فهی صارت سببا لضمان کل من السابق و اللاحق فهو ای هذا السـبب مشترک بین السابق و اللاحق فلا وجه لتخصیص ذلک السبب باللاحق و القول بأنّه صـار سـببا للضـمان کمـا هو واضـح لاـ یخفی بـل الوجه فی ذلک أن الأخـذ بالیـد انما یوجب الضـمان الی ان یرد المأخوذ إلی المالـک بمقتضـی قوله (ع) علی الیـد مـا أخـذت حتی تؤدی فمـا لم یردّه الی مـالکه امّـا بالعین مع البقاء أو بالمثل أو القیمه مع التلف لا یبرء ذمته بل هذا هو مفاد السیره العقلائیه کما تقدم فی ما لا یضمن.

و علی هـذا فالغـاصب الأـول حیث انه اعطی المـال للثـانی فباعطـائه تحقق الأداء فهـذا الأداء و ان کان قبل وصول المال بعینه أو بعوضه الی مالکه لا یفید بوجه بل هو أداء غیر مشـروع و لکن بعد ما أداه الغاصب الثانی بعینه أو بمثله و قیمته الی مالکه فیکون مالکا للتالف ان کان لاعتبار الملکیه هنا فائده فإذا رجع هذا الثانی إلی الأول و ادعی منه ما ملکه بالمعاوضه القهریه فیقول

فى جوابه اعنى أديته لک فردنى ما أعطيتک فاعطى لک مالک بأداء المثل أو القيمه فيكون أدائه هـذا مفيـدا فى المقام و بعباره أخرى انک عرفت أن الضمان هنا نظير الواجب الكفائى و عليه انّ الواجب الكفائى و ان كان واجبا على كل مكلّف الا ان الآثار تترتب على ما يكون مأتيا فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۸۸

الخـارج و تشـخص بوجوده الخارجى كما ان الأمر كـذلک فى الواجب التخييرى و ان كان المأتى مصـداقا للجامع اعنى الجامع بين هـذا أو ذاک فلا يخرج هذا الجامع عن جامعيته و بعباره اخرى ان التشـخص انما يكون بنفس الوجود فما يكون موجودا فى الخارج فهو المتشـخص المحط للآثار لا الأفراد الأخر الفرضيه و على هذا ففى المقام ان الآثار انما يترتب على كل من ادى بدل العين لمالكها فيكون مالكا لذمه من أخذ المال منه بلا غرور فهذا واضح جدا و ان كان فى أصله غير مشروع كما هو واضح.

و من لا حق للاحق ان يرجع الى السابق.

ثم انّ المالـک لو تبرع حقه للاول و أفرغ ذمته و أسـقط الضـمان عنه فهل يكون له ان يرجع الى اللاحق لاختصاص التبرع له أو يكون التبرع للاول تبرعـا للواحق أيضـا فهنـا مقامـان الأول فى اختصـاص التبرع بالأول أو عمومه للتوابع أيضا و الثانى أنه على تقدير كون الاسقاط عن الأول فقط فهل له أن يرجع الى الثانى أم لا.

امـا المقام الأول فالظاهر أن إسـقاط المالک حقه عن الأوّل إبراء عن الجميع فليس له لن يرجع الى الثانى فى ذلک لانه ليس هنا الا مال واحد كالدرهم الواحد مثلا و ان كان الضمناء كثيرا فإذا أعرض المالک عن هذا

المال فلا يبقى هنا شى ء لتكون ذمم الضمناء الآخر مشغوله بذلك اذن فيكون إسقاطه عن الأول إسقاطا عن الثانى أيضا حتى مع التصريح بأنى أسقط من الأول فقط فإنه تصريح بلا فايده و تناقض فى الكلام فيكون غير معقول.

و اما المقام الثانى فعلى تقدير اختصاص الإبراء بالأول فقط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۸۹

فهل له ان يطالب من اللاحقين أم لا- الظاهر لا- فإنه إنما يجوز له ان يطالب إذا ملك ذمه الثانى ففى هنا لم يعط شيئا للثانى ليملك مطالبته غايه الأمر أسقط المالك ذمته و انما قلنا ان له الرجوع الى الثانى إذا أدّ المال للثانى.

أو غصب الثانى المال منه و هنا ليس الأمر كذلك ثم إذا توقف ردّ المغصوب إلى المئونه فلا بدّ له اى للغاصب من صرف ذلك حتى يمكن إيصاله إلى المالك و دفع ذلك بأنه ضرر على الغاصب معارض بكون عدم الصرف ضررا على المالك فلو لم يكن طريق الى الوصول الى المال إلا بواسطه المالك كما إذا كان فى البحر فلم يكن يعرف السباحه إلا المالك فحاله حال الأشخاص الآخرين فى مطالبه الأجره فله أن يطالب الأجره لإخراجه من البحر.

و الحاصل أن الرّد إذا احتاج الى مئونه فلا بدّ للغاصب أن يصرف ذلك حتى يردّ العين الى مالكه و توهم نفى لزوم ذلك بدليل لا ضرر بلا وجه إذ عدم الصرف ككك يستلزم عدم ردّ المغصوب الى المالك فهو ضرر عليه و دليل نفى الضرر انما ورد فى مورد الامتنان فلا يشمل الموارد التى يكون فيها ضرر على الغير مع كونه متعارضا.

فرع آخر إذا كان المالك مقدورا على الوصول الى ماله مع كونه محتاجا إلى المئونه فهل

له مطالبتها من الغاصب أم لا ففى هنا ثلثه فروع الأول فى جواز مطالبه أصل الأجره على فعله من الغاصب الظاهر أنّ له ذلك فان حاله حال الأشخاص الأخر فكما ان لهم مطالبه الأجره على تحصيل ذلك المال و رده الى مالكه و كك نفس المالك له ذلك و لا دليل على إلزامه على ذلك بلا اجره كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۹۰

هو واضح.

الثانى أنه لو لم يرض المالك إلا بإحضار ماله الا بنفسه بحيث يكون هو بنفسه متصديا للانقاذ من البحر و نحوه مع إمكانه لغيره أيضا فهل له ذلك أم لا الظاهر أنه لا يجوز للغاصب ان يباشر بنفسه أو بغيره للأداء إلا مع رضائه المالك بذلك فان ذلك أيضا تصرّف فى مال الغير فهو غير جائز إلا بإذن مالكه اذن فيباشر بنفسه فيأخذ الأجره من الغاصب.

الثالث لو طلب أجره زائدا من أجره المثل مع انحصار الأداء بطريق فعل المالك فقط اما تشريعا لعدم رضايته بتصرف الغير فى ماله أو تكوينا لعدم تمكن الغير من الوصول الى المال و أدائه إلى مالكه بل الأداء منحصر بنفى المالك فهل له ذلك المطالبه بحيث يطلب من الغاصب أجره زائده على أجره المثل إرغاما لأنفه كما إذا كان أجره الأداء لمثل هذا المال عشره فهو يريد خمسين الذى أزيد من قيمه العين أيضا الظاهر أنه لا مانع من شمول دليل لا ضرر على ذلك لنفى استحقاق المالك مطالبه الأجره الزائده على الرّد من الأجره و لا يكون مانع عن شموله للمقام.

ثم إذا تعذر ردّ العين الى مالكه الا بعد مده مديده و حال الغاصب بذلك بين المالك و ماله فهل له ان يطالب بدل

الحيلوله من الغاصب على ذلک أم لا الظاهر لا لما تقدم من عدم تماميه أدله بدل الحيلوله بوجه فلا نحتاج إلى الإعاده.

قوله لو باع الفضولی مال غیره مع مال نفسه.

اشاره

أقول إذا باع الفضولی مال نفسه مع مال غيره فهل یحکم بصحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۹۱

ذلک البيع مطلقا أو ببطلانه كذلک أو يسقط الثمن بالنسبه الى مال نفسه و مال غيره فيحكم بالصحه فی مال نفسه مطلقا أو مع الخيار للمشتری و بالبطلان فی مال غيره وجوه

و للكلام هنا جهات.

الاولى فی أصل صحه البيع

و الظاهر انه لم ينسب الخلاف هنا الا الى الأردبيلی ره و قد خالف فی المسأله و ذهب الى الفساد و تحقيق الكلام أنه تاره نقول ببطلان الفضولی و اخرى بصحته و ان قلنا بالأول فالظاهر ان البيع بالنسبه الى مال نفسه صحيح و بالنسبه الى مال الغير فاسد و لم نسمع الخلاف هنا من أحد الا من الأردبيلی فإنه ذهب الى الفساد و عمده الوجه فی البطلان ما ذكر فی المسأله الآتيه أعنی بيع ما يملک مع ما لا يملک كالشاه مع الخنزير و العصير مع الخمر فان المناط فی صوره القول ببطلان- الفضولی فی المسئلتين واحد فذلک وجهان و قد ذهب الى الفساد أيضا بعض الشافعيّه بتوهم ان العقد الواحد لا يتبعض.

الأول ان ما هو مقصود للبائع و مبرز حين الإنشاء لم يقع فان المبرز بيع الشاه مع الخنزير و فی المقام هو بيع ما يملک و ما لا يملک و ما وقع اعنی بيع الشاه فقط أو بيع ما يملک فقط لم يقصد فتخلف القصد عن الإنشاء فيحكم بالبطلان فی كليهما كما ذهب إليه الأردبيلی و فيه ان البيع و ان كان واحدا بحسب الصوره و الظاهر و فی عالم الإنشاء قد أنشأ بإنشاء واحد الا أنه فی الواقع و الحقيقه بيعان فيكون هذا فی الانحلال مثل العام الاستغراقی و ان

كان بينهما فرق من جهه غايه الأمر قد ابرز و أنشأ بابراز واحد و إنشاء فارد غايه الأمر كل منهما منضم إلى الأخر و مشروط بهذا الانضمام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۹۲

فى ضمن العقد فلا يلزم من ذلك فساد العقد بل يثبت الخيار للمشترى بالنسبه فى بيع مال نفسه فيكون صحيحا خياريا.

الثانى انه باطل لجهاله الثمن إذ لا يعلم أنه اىّ مقدار من الثمن قد وقع فى مقابل الشاه و فى مقابل مال نفسه فى ما نحن فيه فيكون نظير ان يبيع ماله بما فى الكيس من الدراهم فيحكم بالفساد و فيه ان الجهاله من حيث هى ليست موجبه للبطلان و انما هى توجب البطلان من جهه الغرر الذى نهى النبى (ص) عنه فى البيع فإذا لم تستلزم الغرر فلا توجب البطلان و فى المقام لا يلزم منها غرر إذ يعلم مقدار ما يقع فى مقابل الشاه فى المسأله الآتيه و ما يقع فى مقابل مال نفسه فى هذه المسأله و لو بالإجمال الغير الموجب للغرر نظير ان يشير إلى صبره معينه و يقول بعت كل صاع منها بدرهم فان ثمن الصبره و ان لم يكن معلوما بالتفصيل الا انه معلوم ان كل صاع منه بدرهم فيكون معلوما بالإجمال الغير الموجب للغرر.

و فى المقام يعلم ان مقدارا من الثمن المعلوم واقع فى مقابل ما يملك و ان كانت النسبه غير معلومه حقيقه و لكن بالتقسيط يعلم تفصيلا فاصل الثمن معلوم و ليس مثل بعتك هذا بما فى الكيس الذى لا يعلم انه اىّ مقدار من المال كما لا يخفى.

و مما يدل على عدم كون الجهاله بما هى موجبه للبطلان انه لو باع مال

نفسه مع مال غيره مع اذن المالک فإنه لم یفتوه احد ببطلان المعامله هنا مع ان الثمن فی کل منهما مجهول تفصیلا بجهاله غیر موجبه للغیر فلو کانت الجهاله من حیث هی موجبه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۳۹۳

للبطلان مع قطع النظر عن کونها مستلزمه للغرر فلازمه القول بالبطلان هنا أیضا فنکشف من ذلک عدم کونها موجبه لذلک کما لا یخفی اذن فیبقی فی المقام احتمال وجود الإجماع فقط علی البطلان فهو مقطوع العدم إذ بعد معروفیه عدم الخلاف فی الصحه إلا عن الأردبیلی فکیف یمکن دعوی الإجماع علی البطلان بل الإجماع علی الصحه کما هو واضح و کیف کان فمقتضی القاعده فی المقام هو الصحه و مع الغض عن ذلک و عدم القول بالصحه بحسب القواعد فیدل علیها الخبر من الصفار من انه إذا باع مال نفسه مع مال غیره فیبطل فی مال الغیر و وجب فی مال نفسه فافهم.

و اما لو قلنا بصحه الفضولی فإن أجاز فلا کلام لنا فیه فان الإذن اللاحق لا یقصر عن الاذن السابق فاحتمال الفرق بین الاذن السابق و الاذن اللاحق مجازفه.

و ان ردّ المالک فیأتی فیه کلّما تقدم فی صوره القول بفساد العقد الفضولی من الوجهین.

قوله ثم ان صحه البیع فیما یملکه مع الرد مقید فی بعض الکلمات

أقول قید بعضهم صحه البیع فی مال نفسه إذا لم یفض الرد الی محذور آخر شرعی کلزوم الربا و عدم القدره علی التسلیم و مثلوا للأول بأنه لو باع درهم نفسه مع دینار غیره بخمسین درهما فان هذا البیع من حیث المجموع صحیح کما إذا کان کلیهما لنفسه و علّل بعضهم ذلک بانّ کل جنس یقع فی مقابل الجنس

الآخر الا انّه علل بعد الوقوع فلا بأس به فإذا رد المالک البيع فی الدينار فما يقع من الدراهم بعد التقسيط فی مقابل الدرهم أكثر منه فيلزم الربا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۹۴

و مثلوا للثانی ما لو باع عبد الآبق لنفسه مع عبد الغير، الغير الآبق فرد المالک البيع فی مملوک نفسه فيكون بيع نفسه أيضا باطلا لتمحّض البيع بالآبق فهو باطل للجهاله و لزوم الغرر فانّ بيع الآبق انما هو مخصوص بصوره الضميمه فقط فلا يصح فی غير هذه الصوره و من هنا لا يصح اجاره الآبق مع الضميمه أيضا.

و لنا فی ذلک كلام حاصله انّک عرفت ان اتحاد البيع بحسب الصوره و الإنشاء لا يضرّ يتعدده واقعا و عليه ان بيع دينار غيره مع درهم نفسه لا يخرج المعامله عن الربويه على تقدير الإمضاء أيضا كما انّ ضم عبد غيره بعبد نفسه الآبق لا يخرج بيع العبد الآبق عن كونه بيع آبق بلا ضميمه لفرض تعدد البيع مع الانحلال اذن فيكون البيع ربويّا من الأول و بيع آبق من الأول نعم ثبت جوازهما فيما إذا باع عبد نفسه مع عبده الآبق فإنه ثبت جوازه شرعا بنصّ خاص و الا فمقتضى القاعده كان عدم جوازه للغرر و من هنا لا يصح اجاره الآبق مع الضميمه كما تقدم و كذلک ثبت شرعا جواز بيع مجموع الدرهم و الدينار الذين لنفسه بمجموع الدرهم و الدينار الذين أكثر من ماله فانّ جواز ذلک ثبت بدليل خاص و اما لو باع مال غيره كذلک فلا مخرج لذلک عن محذور الربا لكونه منحلا مثل العام الاستغراقی الى الافراد العديده و ان كان بينهما فرق من جهه يأتی

فى الجهه الثانيه.

و بالجمله بعد ما لم يكن مجموع الدرهم و الدينار أو العبدين لنفس البائع فيكون البيع منحلا الى بيعين فيترتب لكل منهما حكم نفسه فيكون البيع و لو مع إمضاء الطرف الأخر فى مال نفسه ربويا من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۹۵

الأول و كذلك فى بيع العبد الآبق فيكون باطل من الأول للجهاله فراجع الى تقرير ميرزا.

الجهه الثانيه فى ثبوت الخيار للمشترى و عدمه

لا شبهه فى عدم ثبوت الخيار للمشترى فى صوره العلم بالحال و بان المبيع ليس للبائع بمجموعه و انّما بعضه للغير كما انّه لا شبهه فى عدم ثبوته للبائع فى فرض العلم بذلك و اما مع جهل المشترى فلا شبهه فى ثبوت الخيار له و الوجه فى ذلك على ما يأتى فى محلّه المسمى بخيار تبعض الصفقه مع انا قلنا انه منحل الى بيعين كالعام الاستغراقى هو ان المشترى قد أقدم على اشتراء هذين المالين مشترطا على البائع فى ضمن العقد و لو بمئونه القرائن العرفيه و الانضمام العرفى ان ينضم أحدهما بالآخر فإذا خلا عن ذلك الانضمام فيثبت للمشترى الخيار و هذا هو المتفاهم باذهان العرف و العقلاء فيكون مدرك هذا الخيار هو تخلّف الشرط الضمنى كما هو واضح و من هنا تظهر جهه الفرق بين العام الاستغراقى المنحل الى افراده و بين المقام و بهذا يمكن أيضا دعوى ثبوت الخيار للبائع أيضا إذا جهل بالحال و اعتقد أن المالين له فان جهله بالحال يوجب ثبوت الخيار له إذا ظهر أحدهما مستحقا للغير و لم يمض المعامله فإن مقتضى الفهم العرفى هو أن بيع كل واحد من المالين مشروط بالاخر و انه يبيعه بهذا العنوان كما إذا باع الثوب العتيق مع الجديد ببيع

واحد و لكن بيعه الجديد من جهه العتيق و ان العتيق لا يباع منفردا ثم ظهر انّ العتيق مال الغير فيكون البائع مختارا فى الفسخ و الإمضاء مع العلم بالحال بمقتضى ذلك الشرط الضمنى فهو ان بيعه هذا مشروط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۹۶

بكون الثوب العتيق له دون غيره.

و بهذا الملاک ظهر انّه يثبت الخيار للبائع إذا اعتقد انه وكيل من الغير فى بيع ماله فباع فرسه مع فرس نفسه فظهر أنه ليس بوكيل من قبله فانّ بيعه هذا كان بحسب الشرط الضمنى مشروطا ببيع الآخر فرسه للرقابه و الا فلا يبيع فإذا ظهر انّه ليس بوكيل من قبله و لم يمض أيضا بيعه هذا فيكون للبائع أيضا خيار هنا بل يثبت الخيار لكل من البائع و المشترى فى كل مورد تحصل فيه المخالفه بالشرط الضمنى بحيث يساعد العرف و العقلاء على ذلك بان يفهم العرف ذلك الاشتراط و لا يكون من قبيل الإضمار فى القلب كما هو واضح.

الجهه الثالثه فى التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع ردّ المالک

و ربّما قيل فى طريق معرفته كما هو المنسوب الى القواعد و اللمعه و الشرائع من انّهما يقوّمان جميعا من حيث المجموع ثمّ يقوّم كل واحد منهما ثم تنسب قيمه كل واحد منهما الى المجموع من حيث المجموع فيؤخذ بتلك النسبه فيسترد الثمن من المشترى كما إذا باع مال نفسه مع مال الغير بعشرين دينارا فلم يمض الغير ذلك البيع فيقوم كل واحد بعشره دنانير و المجموع أيضا بعشرين فنسبه قيمه كل منهما الى المجموع بالنصف فيسترد من أصل الثمن نصف القيمه.

فأورد عليه المصنف بما حاصله

أن الأوصاف و ان لم تكن مما تقابل بالثمن و لا يقسط الثمن إليها و الى الاجزاء و

لا يقال ان ثمن الفرش الفلانى يقسّط إلى اجزائه و أوصافه بل متمحض فى مقابل الاجزاء فقط و انّما الأوصاف قد توجب زياده الثمن و انها دخيله فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۹۷

ذلك كما مرّ مرارا عديده إذ من البديهى أن اجراء الفرش ليس لها إلا قيمه الصوف و أوصافها توجب زياده تلك القيمه و لكن فى مقام البيع لا يقسّط الثمن إليها و الى الاجزاء.

و على هذا فهذا الضابطه الذى أفيد فى المقام انما يستقيم فيما إذا لم تكن الهيئه الاجتماعيه دخيله فى زياده الثمن كما هو الغالب و لعله لأجل هذه الغلبه التجأ كثير من الاعلام بهذا الضابط و اما لو كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى الزياده فلا يمكن التقسيط بهذا الضابط كما إذا كان المبيع مصراعى باب أحدهما لنفسه و الآخر لغيره أو زوج خفّ أحدهما لنفسه و الآخر لغيره و هكذا مما تكون الهيئه الاجتماعيه دخيله فى ازدياد القيمه فإنّه لو قسط الثمن الى كل منهما على الضابط المذكور يلزم فيه المحذور مثلا لو كانت قيمه كلا المصراعين معا عشره و قيمه كل منهما درهمين و كان الثمن الذى وقع عليه البيع خمسه فإنه إذا رجع المشترى الى البائع بجزء من الثمن نسبه ذلك الجزء الى مجموع الثمن كنسبه الاثنين إلى العشره فتكون النسبه بالخمس فيسترد من البائع بملاحظه هذه النسبه النسبه خمس الثمن فهو الدرهم الواحد فيبقى للبائع فى مقابل المصراع الآخر أربعه دراهم فيكون ما أخذه من الثمن أزيد من حقه فانّ الثمن متساويه بين المصراعين على الفرض فما الموجب لاستحقاق البائع أربعا فى مقابل المصراع الواحد و المشترى واحدا فى مقابل مصراع الأخر الذى مال الغير.

و بعباره

اخرى ان البائع انّما يستحق من الثمن مع الرد بالمقدار الذى يستحقه مع الإجازه فلا شبهه ان ذلك بالنصف مع الإجازه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۹۸

فليكن كذلك مع الرد أيضا فما الموجب للازدياد فى صوره الرد.

نعم فى أغلب الصور التى لا تكون الهيئه الاجتماعيه دخيله فى ازدياد القيمه فالضابط المذكور لا بأس به سواء كان قيمه كل منهما متساويه أو متفاوته كما هو واضح.

ثم وجه المصنف هذا الوجه بأخذ النسبه للمشترى لئلا يرد عليه النقص بدخاله الهيئه الاجتماعيه فى زياده الثمن و حاصله أن يقوّم المجموع من حيث المجموع ثم يقوم كل واحد مستقلا و ينسب الى المجموع و يأخذ المشترى تلك النسبه و باعتبارها يأخذ الثمن من البائع و فى المثال المتقدم يسترد الأربعه و يبقى للبائع واحد فلا توجب زياده الثمن بالهيئه الاجتماعيه نقصا فى المطلب كما هو واضح.

ثم أورد عليه بان هذا و ان يسلم من اشكال الزياده بالاجتماع و لكن ينتقض بكون الهيئه الاجتماعيه موجبه لنقصان القيمه فإن هذا فرض ممكن و هذا كما لو باع جاريه مع أمّها بثمانيه و كانت قيمه كل واحده منها بعشره فإنه لا شبهه فى عدم ترتّب النفع على صوره- الاجتماع الذى يترتب على غير صوره الاجتماع لعدم جواز الجمع بين البنت و الام و من هنا نقل قيمه صوره الاجتماع فلو أخذت النسبه للمشترى فيلزم حينئذ للمشترى ان يجمع بين الثمن و المثمن فإنه يسترد من البائع على هذا تمام العشره فيبقى الجاريه الأخرى للمشترى بلا ثمن لكون قيمه أحدهما المنفرده إلى مجموع القيمتين نسبه الشى ء إلى مماثله.

ثم بعد ما لم تتم هاتان الصورتان التجأ المصنف الى وجه آخر و حمل عليه

كلام القواعد و اللمعه و الشرائع و هو ما اختاره فى الإرشاد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۳۹۹

و حاصله ان يقوم كل واحد منفردا من دون ان يقوم المجموع من حيث المجموع ثانيا ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين مثلا إذا باع مجموع المالين بثلاث دنانير و قوم مال الغير بأربع دنانير و مال البائع بدينارين فيرجع المشترى بثلثى الثمن اذن فيسلم ذلك من إشكالى الزياده و النقيصه.

و أشكل عليه السيد ره فى حاشيته بان هذا انما يتم فيما كانت الهيئه الاجتماعيه موجبه للزياده أو النقيصه بالسويه و اما لو أوجبت ذلك بالتفاوت فلا يتم مثلا إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام و الآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقه المصنف قده فيما إذا قوم أحدهما منفردا باثنين و منضما بأربعه و الآخر منفردا بأربعه و منضما باثنين ان يكون لمالك الأوّل ثلث الثمن و لمالك الثانى ثلثاه مع ان قيمه مال الأول فى حال الانضمام ضعف قيمه مال الثانى فى تلك الحال فينبغى ان يكون للاول الثلثان و للثانى الثلث و هكذا فى سائر الاختلاف. و من هنا اختار مذهبا آخر و هو ان يقوم كل منهما منفردا لكن بملاحظه حال الانضمام لا فى حال الانفراد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين و على هذا فيسلم من جميع الإشكالات فى جميع مراتب الاختلاف من دون لزوم محذور فى ذلك لا فى صوره زياده القيمه بالاجتماع و لا فى صوره نقيصته بذلك و لو كان ذلك الاختلاف بالتفاوت لا بالسويه فإن تقويم كل واحد بقيد الانضمام يوجب تقسيط

المجموع من حيث المجموع الى الافراد بلا زياده و نقيصه فلا حظ ذلك بالأمثله ثم احتمل رجوع ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۰۰

ذكره الجماعه من تقويم كل واحد منفردا الى ذلك بان يكون مرادهم بالانفراد هو الانفراد بقيد الانضمام لا الانفراد بما هو انفراد و هذا الذى أفاده السيد ره من الجوده بمكان كما هو واضح و امّا المثلى فقد فصّل المصنف فيه بين ما كانت الحصّه مشاعه فقسط الثمن على نفس المبيع و ان كانت حصه كل منهما معينه كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظه قيمتى الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع ثم أمر بالتفهيم و فيه انّه لا وجه لهذه الكيفيّه فى التقسيط على وجه الإطلاق لا فى المشاع و لا فى المفروض لإمكان ان يكون المثلى مشاعا و مع ذلك تتفاوت قيمه حصه كل منهما بتفاوت الحصتين فى المقدار كأن يكون لأحدهما تسعه أمنان من الحنطه و للآخر من واحد- لبداهه تفاوت الأثمان بتفاوت العروض قله و كثره فإن المبيع كلما كثر رخص و كلّما قل غلى و ان كان حصّه كل منهما من صبره واحده و على نسق واحد فى الجوده و الرداءه كما هو المفروض على الإشاعه و لإمكان ان يكون المثلى مفروض و يكون مع ذلك كل من النصيبين من كومه واحده و صبره خاصه فيجب ان يقابل كل حصتى البائع و المشترى بما يخصّه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا كالقيمى.

قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.

اشاره

أقول لو قال بعت نصف الدار فهل المراد منه نصف المشاع أو النصف المختص بعد العلم بعدم إراده حصه الشريك و احتياجه إلى المئونه الزائده.

تاره يعلم من القرائن الخارجيه أو بتصريحه ان البائع أراد

الشقص الخاص و النصف المعيّن من نصف نفسه أو نصف شريكه فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۰۱

كلام لنا فيه فحكم ذلك معلوم على تقدير قصد مال نفسه أو مال غيره.

و اخرى يقول انى أريد من كلامى هذا بعت نصف الدار ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه فهو على قسمين لأنه تاره يكون المراد به ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه بنفسه و يكون المقصود مفهومه من دون القرائن الخارجيه فيكون المراد الجدى للمتكلم معلوما من ذلك و اخرى ما يكون ما تكلم به من الجمله المركبه ظاهره فيه من بعت نصف الدار مع ملاحظه خصوصيّه النسبه و الإضافه إلى نفسه و التصرف فيه و قد خصّ السيد ره فى حاشيته مورد كلام المصنف هو بالقسم الثانى أى ما يكون النظر فيه الى مفهوم النصف فقط بلا توجه الى ما تقتضيه القرائن الخارجيه و أورد عليه بأنّه على هذا لا يبقى مجال للتمسك بظهور المقام أو غيره من كون التصرف و اضافه البيع الى نفسه ظاهر ان فى نصف نفسه فى مقابل ظهور النصف فى الإشاعه إذ الرجوع الى الظهورات انما هو لتشخيص المرادات و المفروض ان المتكلم لم يقصد خصوصيه ملكه أو ملك غيره و انما قصد مفهوم النصف الذى مقتضاه ليس إلا الإشاعه فإن المفروض انه لم يقصد خصوصيه ملكه بل يكون لفظ النصف ظاهرا فيه.

و فيه انّ السيّد لم يتصور ظاهرا قسما آخر هنا و لذا جعل مورد كلامه ما يكون المقصود مفهوم النصف بلا لحاظ القرائن الخارجيه و هو متين لو كان مراده هذا و كان حينئذ جعله ما يقتضيه مفهوم النصف معارضا بما تقتضيه القرائن الخارجيه مناقضه واضحه إذ

بعـد كون المقصود هو مفهوم النصف فقط فلا مجال لهـذه المعارضه و دعوى القرائن على خلافه و انما المراد معلوم بلا شک و لکن مراده ليس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۰۲

هو الشق الأول بل الوجه الثانى الذى هو الوجه الثالث و قوله ففيه احتمالان اى ما يحتمل ان يراد منه النصف المختص أو النصف المشـاع منحصـر بهـذا القسم و الاـ لو كـان مراده هو الأـول لم يكن موردا لوجهين بـل كـان تمحضا لإراده النصف المشاع فقط بظهور لفـظ النصف فيه و لم يكن النصف المختص محتملاـ لعـدم جريـان القرائن الخارجيّه فيه بوجه اذن فلا يكون هـذا القسـم موردا للكلام كما فى حاشـيه السـيد و على هـذا فلا يردّ عليه ما أورده السـيد نعم يرد عليه ان مورد الكلام ليس هو القسم الثالث فقط بل هنا قسم رابع الـذى جعله السـيد مورد لكلامه بعـد رده كلام المصـنف على زعمه و هو ما يكون مراد البائع من النصـف شيئـا معينـا من نصـفه المختص أو المشـاع فى الحصتين و لم يعلم التعين مع كونه معينا واقعا و فى علم البائع الا انه أجمله فيكون ظهور كلامه حجه هنـا أيضا من اراده الفرد المعين فيكون داخلا فى الكلام فحينئـذ يقع الكلام أيضا فى ان المراد من ذلک أى شى ء هل هو نصـفه المختص أو المشاع ليكون من كل منهما الربع أو نصف الشريک و حيث لم يتصور السيد هنا قسما آخر مع رده القسم الثانى جعل هذا مورد لكلامه فقط و لكن عرفت انّ محط كلام المصنف هو القسم الثالث لا ما زعمه السيد من القسم الثانى الذى لا يحتمل ان يكون مراده ذلک كما هو واضح

من کلامه و ربما یقال بعدم إمکان جعل القسم الثالث موردا لمحط النزاع بل لا بدّ من تخصیص محل النزاع بما ذهب الیه السید ره إذ لو کان القسم الثالث هو محط النزاع فلازمه ان لا یعلم ان البیع فی ملک من وقع هو البائع أم الشریک الآخر فالجهل بالمالک یوجب بطلان البیع.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۴۰۳

و فیه انک عرفت سابقا أن الجهل بالمالک لا یضر بصحه البیع بعد العلم بالمبیع و ان حقیقه البیع عباره عن المبادله بین المالین فمعرفه المالک لیست بدخیله فی صحه البیع إلا إذا کان تعیین المبیع محتاجا إلی معرفه المالک فبدونها لا تعیین للمبیع بل و لا تحقق له کما إذا کان المبیع کلیا فی الذمه فإنه لا تعیین لذلک إلا بإضافه إلی شخص خاص معین فلو قال بعتک منا من الحنطه فی ذمه رجل لبطل البیع و اما فی غیر تلک الصوره فلا دلیل علی وجوب تعیین المالک کما لا یخفی اذن فالقسم الثالث أیضا داخل فی محلّ النزاع لعدم إضرار الجهل بمالک المبیع کما لا یخفی فافهم.

ثم ان المصنف فی مقام تعین المراد فی مقام الإثبات قد احتمل الوجهین فی مثل هذا الکلام و قول البائع بعت نصف الدار من اراده نصف المختص أو نصف المشاع و منشأ الاحتمالین اما- تعارض ظاهر النصف اعنی الحصه المشاعه فی مجموع النصفین مع ظهور انصرافه فی مثل المقام من مقامات التصرف الی نصفه المختص و ان لم یکن له هذا الظهور فی غیر المقام أو تعارضه مع ظهور إنشاء البیع فی البیع لنفسه لانّ بیع مال الغیر لا بدّ فیه امّا من نیه الغیر أو اعتقاد کون المال

لنفسه و اما من بنائه على تملكه للمال عدوانا كما فى بيع الغاصب و الكل خلاف المفروض هنا.

ثم ذكر انه

مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين قول البائع بعت غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده و عبد غيره حيث ادعى فخر الدين الإجماع على انصرافه الى عبده فقاس عليه ما نحن فيه إذ ليس للفظ البيع هنا ظهور فى عبد الغير فيبقى ظهور

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۰۴

البيع فى وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف الى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيقر بها إجمال لفظ المبيع هذا ما افاده المصنف مبتيًا على حفظ الظهور للفظ النصف و لكنه فاسد.

و التحقيق هو تقديم ظهور النصف الذى هو النصف المختص على القرائن الخارجيه بعد العلم بعدم اراده نصف الشريك لكونه مفروغا عنه و إرادته محتاجه إلى القرائن التى منتفيه هنا.

بيان ذلك ان النصف بعد كونه ظاهرا فى النصف المشاع بين البائع لتصرفه و الشريك الآخر فلا يمكن رفع اليد عنه بالقرائن الخارجيه أعنى ظهور الإنشاء اما ظهور الإنشاء فبانا نمنع كونه ظاهرا فى كون البيع للبائع بعد ما صح بيع مال الغير بل كما انّه ظاهر فى بيع مال نفسه و كذلك ظاهر فى بيع مال غيره أيضا إلا- فى بيع الكلى حيث أنه لا يمكن إلا بإضافه البيع الى نفسه فيكون هذا قرينه على اراده البيع لنفسه إذ لا- معنى لبيع الكلى فى ذمه الغير لعدم التعين كأن يقول بعت منّا من الحنطه فى ذمه رجل و المفروض ان المبيع فى المقام ليس كليًا بل أمر معيّن كما هو واضح على انّه يكون قرينه موجبه لرفع

الید عن ظهور البیع فی الإشاعه إذا لم یکن للکلام ظهور فی مورده فسیأتی فی الوجه الثانی من القرائن ان مورد البیع هو النصف المشاع ابتداء فلا یمکن رفع الید عن ظهوره.

و اما ظهور التصرف فی کون المبیع مال نفسه فیحکم بکون النصف للبائع.

ففیه ان هذا الظهور و ان کان لا ینکر و أنه قرینه علی اراده

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۴۰۵

مال نفسه و رفع الید عن ظهور النصف الا انه لا یمکن الأخذ به و رفع الید عن ظهور النصف فی الإشاعه.

و ذلک لأنّه انّما یکون إذا کان الکلام مجملا و لم یکن له ظهور فی مورده و الا فلا وجه لرفع الید عنه و المصیر الی ما تقتضیه القرائن و فی المقام انّ النصف له ظهور فی الإشاعه الذی مقتضاه کون الربع من مال البائع و الربع الآخر من مال الغیر لیکون محتاجا إلی الإجازه و بعد ما کان مورد البیع هو ذلک فلا وجه لرفع الید عنه إذ هو کرفع الید عن ظهور البیع فی مال الغیر ابتداء فی سائر الموارد.

مثلا لو کان للشی ء معنی حقیقی و معنی مجازی و قال احد بعت الشی ء الفلانی و کان ذلک الشی ء بمعناه الحقیقی شخص آخر موجودا عند البائع و بمعناه المجازی کان لنفسه فهل یمکن رفع الید عن ظهور کون البیع للغیر و اراده المعنی المجازی بدعوی أن ظاهر التصرف کون المال لنفسه فلا وجه لذلک بعد کون مورد البیع هو مال الغیر و هکذا و هکذا.

و بالجمله أن النتیجه هو ان مقتضی کون النصف ظاهرا فی النصف المشاع و واردا علی المال المعین فی الخارج هو ان المبیع هو النصف المشاع

المشترک بین المالک الشریک و البائع فیکون ربع الدار مبیعا من حق البائع و ربعها مبیعا من الشریک و محتاجا إلی الإجازه لکونه فضولیا کما لا یخفی فلا یمکن رفع الید عن ظهوره الذی هو مورد البیع بالقرائن الخارجیه و انما ذلک فی صوره عدم ورود الکلام علی مورد المعنی الحقیقیه و الا فلا وجه لرفع الید عنه کما هو واضح فلا یکون الکلام ظاهرا فی النصف المختص کما ذهب الیه المشهور

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۴۰۶

هذا کله مع ملاحظه ظهور لفظ النصف فی الإشاعه و اما إذا أنکرنا ذلک کما هو کک فیکون المقام مثل بعت الغانم المشترک بین عبد نفسه و عبد جاره.

و توضیح ذلک ان لفظ النصف لم یوضع فی اللغه للنصف- المشاع بل لمطلق النصف من الشی ء و لا أنه منصرف الی النصف المشاع عند إطلاقه و علیه فلا وجه لدعوا اختصاصه بالنصف المشاع فیکون الغرض منه فی المقام هو الکلّی و توهم انّ البائع لم یقصد خصوصیه ملکه فلا یمکن الحمل علیه کما فی حاشیه السید فاسد فان النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصیه الملک کلّی یحتمل ان یکون النصف الذی یختص بنفسه أو بشریکه أو النصف المشترک بین البائع و الشریک و حینئذ فیکون ظهور کلامه فی کون المراد من النصف نصف نفسه فیکون مثل بیع الغانم فیرتفع الاجمال بواسطه ظهور الکلام فی بیع نصفه المختص.

و ذلک فإنه و ان صح بیع مال الغیر فضوله و لکن مقتضی کونه مال الغیر یمنع عن شمول أَوْفُوا بِالْعُقُودِ للبائع و انّما یشمل المالک المجیز حین أجازته و فی المقام بعد منع کون النصف ظاهرا فی النصف المشاع لا

وضعا و لا- انصرافا لا- دافع لشمول دليل الوفاء بالعقد على عقد البائع فإذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فيكون المبيع هو النصف المختص كما انّ الأمر كك فى بيع غانم المشترك بين عبده و عبد الغير فكما انّه لا موجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكك فى المقام لكون النصف هنا أيضا مشتركا بين نصفه المختص أو المشاع أو نصف الشريك فكان ان ظهور البيع فى بيع غانم فى بيع نفسه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۰۷

برفع الاجمال فكك فى المقام بلا زياده و نقيصه فكما ان البائع فى بيع غانم مخاطب بدليل الوفاء بالعقد و هكذا هنا أيضا فافهم.

و على هذا فيصح ما ذهب اليه المشهور من كون الكلام ظاهرا فى النصف المختص دون المشاع أو حصه الشريك.

و من هنا ظهر الفرق بين المقام و بين مسأله الإقرار بأنّ نصف الدار أزيد مع كونها مشتركه بالإشاعه بين المقر و شخص آخر حيث ان الإقرار اخبار عن الواقع فيكون إقراره بنصف الدار للغير اخبارا عن واقع نصف الدار لا فى نصفه المختص فهو مشترك بين المقر و شريكه الآخر فحيث ان الإقرار بالنسبه إلى الربع فى حقه و بالنسبه إلى الربع الآخر فى حق الغير فيكون إقراره بالنسبه إلى ربع شريكه لغوا دون ربع نفسه.

و هذا بخلاف البيع فإنك عرفت أن النصف كلى يصدق على نصف نفسه و نصف غيره فظهور البيع بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يوجب كونه نصفه المختص دون المشاع بل اراده النصف للمشاع بحيث يكون معنى بعت نصف الدار بعت ربعا من حصتى و ربعا من حصه شريكى ليكون المراد من النصف النصف المشترك بين البائع و شريكه لا

نصـفه المختص من خلاف الظهور بمكان كاد أن يلحق بالاغلاط من دون قرينه عليه فضلا عن يكون هو الظاهر من اللفظ و من هنا ظهر حكم ما لو اصدق الزوج المرأه عينا معينا فوهبت نصـفها المشاع من الزوج قبل الطلاق استحق النصف بالطلاق لا نصف الباقى و قيمه النصف الموهوب و ان هـذا من قبيل ما نحن فيه و أن النصف يصـدق على النصف الباقى فيدخل تحت قوله تعالى فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ فيكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۰۸

تمليـك الزوجه الزوج نصف الصـداق منطبقـا على النصف الأـخر كمـا هو واضـح و ان اراده الربع من النصف الموهوب و الربع الآخر من النصف الباقى من خلاف الظهور بمكان.

و بالجمله أن مقتضـى الظهور و فهم العرف كون المراد بالنصف هو ان الباقى حق للزوج فبحصر حق الزوجه بالنصف الموهوب من باب انحصار الكلّى بالمصداق يتعين حق الزوج بالباقى و اراده النصف المشترك بين الموهوب و الباقى خلاف الظاهر فضلا عن ان يكون موضوعا له أو منصرفا اليه و اذن فلا وجه لتوهم المنافاه بين هذه المسأله و ما نحن فيه.

و كان كلامنا فى مسأله بيع نصف الـدار و ملك النصف فقد ادعى المصـنف تعارض ظهور النصف فى النصف المشاع و ظهور الـبيع و التصـرف فى النصف المختص و قـد قلنـا ان ظهور النصف يتقـدم على الظهور الأـخر و لكن لاـ نسـلم ظهور النصف فى المشـاع لا بالوضع و لا بالانصـراف بل المتبع انّما هو ظهور البيع فى الحصه المختصه فيكون ظهور البيع فى بيع مال نفسه كما هو الظاهر فى جميع الموارد إذا لم تكن قرينه على الخلاف فان النصف و ان كان حقيقه فى النصف

المشاع أيضا و لكن ظاهرا البيع أن الشخص يبيع مال نفسه فيشمله دليل الوفاء لكون ذلك الظهور متبعا ما لم تقم قرينه على الخلاف فيكون المقام مثل بيع الغانم المشترك بين عبد نفسه و عبد غيره المعين بظهور البيع فى عبد نفسه فيرفع الاجمال به و لا ينافى ذلك مسأله الإقرار بكون نصف الدار لزيد مثلا المحمول على النصف المشاع بحيث يكون النتيجه أن الربع من مال المقرّ و ذلك إذ ظهور البيع كما عرفت انّه متعلق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۰۹

على ماله و هذا بخلاف الإقرار فإنه اخبار عن الواقع فمفاده انّ نصف الدار واقعا لزيد لا النصف المختص لى فظاهر ذلك هو النصف المشاع مع قطع النظر عن حصه نفسه و عن حصه الغير فيلزم له الربع لأنّ الإقرار بمقدار ثابت عليه و اما بالنسبه إلى الربع الآخر فإقرار فى حق الغير فلا ينفذ الا ان تكون هناك قرينه على ارادته من النصف النصف المختص فهو إقرار آخر و بالجمله هذه المسأله أجنبيه عن المقام بتمام الجهه.

و اما مسأله الطلاق

فهى عين محلّ الكلام و هى انه لو زوج احد امرأه فوهبت الزوجه نصف مهرها للغير ثمّ طلقها الزوج فيتعين حقه بالنصف الباقى المشاع فيكون مختصا به و خارجا عن الإشاعه بمقتضى قوله تعالى فلكم نصف ما فرضتم لهن لا ان حق الزوج هو النصف الباقى أعنى ربع الكل و قيمه نصف التالف فلا تنافى بين ما ذكرناه هنا و بين هذه المسأله.

و اما مسأله الصلح

فلا وجه لتوهم تنافيها لما ذكرناه أيضا لخروجها عن المقام فهى أنه لو أقر من بيده المال بكون نصفه لأحد المدّعيين و كان هذا المدعى يدعى نصف بالسبب المشترك بينه و بين المدعى الآخر كالاخوّه مثلا ثم صالح المقر له النصف المقر به للمقر فلا ينفذ هذه المصالحه إلا فى الربع اعنى نصف المقر به فإنّ نتيجه ضم أحد الإقرارين بالآخر انّ النصف المقرّ به مشترك بين المدعيين فتكون المصالحه بالنسبه إلى الربع الآخر الذى نصف المقر به و حق للمدعى الآخر فضوليه فيحتاج إلى إجازه المدعى الآخر كما لا يخفى و هذا كما ترى لا ارتباط لها بمسئلتنا التى كلامنا فيها.

و اما مسأله الإقرار بالشريك الآخر

كما إذا كان المال بين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۱۰

الشخصين بالنصف فأقر أحدهما بكون الثلث للثالث و كون التقسيم بينهم أثلاثا بالنصف و أنكر الشريك الآخر فحمل الإقرار على الثلث المشاع من العين كما فى المتن فيكون ثلث العين للثالث و حينئذ فإن تعدد المقرّ لتعدد الشركاء و كانوا عدولا فيكون إقرارهم هذا شهاده فيتبع به و ان لم يتعدد المقر و لم يكن عدولا فى صوره التعدد فيكون إقرار أحدهما بالشريك الثالث مأخوذا فى حقه فقط فيكون ما بيده من النصف نصفا بين المقر و المقر له لا أنه يكون ثلث ما بيده له و ثلث الباقى لأنّ المنكر و ان كان

معذورا فی عقیدته فی الظاهر و لو كان الواقع علی خلاف عقیدته و لكنه غاصب بزعم المقرّ السدس و ظالم لذلک بتصرفه فی النصف لانه باعتقاده انما یستحق الثلث فالسدس الفاضل فی ید المنكر نسبته الی المقرّ و المقرّ له علی حد سواء فإنه قد تالف من العین

المشتركه فوزع على الاستحقاق. و دعوى ان مقتضى الإشاعه تنزيل المقرّ به على ما فى يد كل منهما فيكون فى يد المقرّ سدس و فى يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك و قال ان له فى يد كل منهما سدسا و إقراره بالنسبه الى ما فى يد الغير غير مسموع فلا- يجب الا- ان يدفع اليه ثلث ما فى يده و هو السدس المقرّ به و قد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعه بان ما فى يد الغير ليس عين ما له فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره و دار غيره فى صوره الإفراز بل هو مقدار حصته المشاعه كحصّه المقر و حصه المقرّ له بزعم المقرّ الا انه لما لم يجبر المكذب على دفع شى ء مما فى يده فقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۱۱

تلف سدس مشاع يوزع على المقر و المقر له فلا- معنى لحسابه على المقر له وحده و هذا واضح جدا كما فى المتن و هذا بخلاف صوره الإقرار فإن كل من الشخصين وضع يده على مال معيّن فحق المقرّ له بالنسبه الى ما فى يد المنكر قد تلف باذن الشارع فى الظاهر ما لم يثبت دعواه فإقرار الشخص الآخر بثلث ما فى يد نفسه و ثلث ما فى يد الغير لا يوجب الإثبات الا انه فى مقام الترافع يكون من الشهداء على المنكر و اما المنكر فمعذور على عقيدته اعتمادا أصاله عدم كونه ما بيده ملكا للمقر له و لو عند الشك و المقر فقط بمقتضى إقراره ملزم على الأداء لكونه حجه عليه دون المنكر و ان لم يدع العلم

بکون ماله بل یکفی و لو مع دعوی الشک و عدم العلم علی الواقع لکفایه یده و أصاله عدم کونه ملکا للمقرّ له فی کون ما بیده ملکا له.

و اما مسأله الإقرار بالنسب بعد ثبوت القسمه و ثبوت حق کل من الوارث فی یده

عین ما ذکرناه أیضا من کون ما فی یده مشترکا بین المقر و المقر له و لیس بینهما تنافی الا علی الاحتمال ذکره السید فی حاشیته و لنتعرض له فتکون موافقه للقاعده و فتوی المشهور هنا بحمل ذلک علی الإشاعه و عدم کون ما فی ید المقرّ نصفا بینهما بل یعطی الزائد من حقه فقط فتکون البقیّه علی الوارث الآخر فیکون التلف باذن الشارع فی الظاهر فی تصرفهم فی ذلک ما لم یثبت خلافه.

و هذا انما هو من جهه بعض الروایات الضعیفه المنجبره بعمل المشهور و الا فکان مقتضی القاعده هو ما ذکرناه من کون ما هو فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص: ۴۱۲

ید المقر مشترکا بین المقر و المقر له بالنصف مثلا و لکن یرد علیه أنه مضافا الی عدم جبر ضعف الروایه بالشهره ان دلالتها أیضا غیر تمام فان الموجود فیها انّه شریک فی المال و یلزم ذلک فی حقه أو حصته بقدر ما ورث و لا یکون ذلک فی ماله کله.

فمن الواضح ان کون الآخر شریکا فی المال أو ثبوت حقه فی حق المقر لیس معناه أن للمقر له حق فی حصته مشاعا بل یمکن ان یکون علی النحو الذی ذکرناه علی طبق القاعده کما لا یخفی فافهم.

فتحصل ممّا ذکرناه انّ مقتضی القاعده فی المقامین ثبوت حق المقر و المقر له فی ما بید المقر علی النصف و کون الفائت بالنسبه إلیهما علی حد سواء و فی مسأله الإقرار بالنسب و ان

أفتى المشـهور على خلاف القاعده و كون حق المقر له مشاعا بالنسبه إلى المقر و الطرف الآخر و لزوم الزائد عن حق المقر على المقر و لكن ذلك لأجل الأخبار الخاصه و قد عرفت ضعفها سندا و دلاله.

ثم قـد أبـدى الفرق صاحب الجواهر بين المسـئلتين و التزم بكون المقر و المقر له بالنسـبه الى ما فى يـد المقر و الفائت على حد سواء فى المسأله الاولى و بنحو المشاع فى مسأله الإقرار بالنسب و قال فى وجه ذلك على ما فى حاشيه السيد.

يمكن أن يقـال أن فتوى المشـهور فى كـل من المقـامين على القاعـده و الفرق بينهمـا أن فى المقام التلف للمال المشترك على حسب إقرار المقر مسـتند الى يـد المقر حيث انه اثبت اليـد على النصف الـذى ثلثه مشـترك بين المقر و المقر له فيكون محسوبا عليهما و فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۱۳

مسـأله الإـقرار بـالنسب ليس مسـتندا الى اليـد بـل هو من جهه مجرّد إنكار المنكر لخصوص حصه المقر له و الا فلا اثر لليـد لان المفروض كون المـال تركه للميت و لاـ يـد لأحـد عليها غيره و حينئـذ فنقول أن المقر له معترف بان للمقر ثلث التركه إذا كانوا ثلثه اخوه مثلاـ فلاـ بـدّ ان يصـل اليه حصـته و القـدر التالف انما تلف على خصوص المقر له من جهه عـدم اعتراف الأخ المنكر بكونه وارثـا و الى ذلك أشار فى الجواهر حيث قال بعـد العباره التى نقلناها فى بيان الفرق بين المقامين أو يقال أن المأخوذ فى الأول قد كان بسبب شرعى يعم الشريكين و هو اليد بخلاف الثانى فإنه قد أخذ بسبب يخصّ الأخ المنكر و هو إقراره بإخوه

من أنكر و ذلك أمر يخصّ لأخ المنكر دون الأخ المقر الـذى قد اعترف الثلثه باخوته و لم ينقص المال بسبب شرعى يعمه بل كان ذلك بأمر يخصّ خصوص المتخاصمين و هو الإقرار من أحدهما بالآخر و إنكار الآخر إياه و ذكر فى باب الصلح أيضا ما يفيد ذلك و كذا فى باب الإقرار بالنسب فراجع.

و محصل كلامه فى مسأله الاولى قد استند التلف الى يد المقرّ و فى الثانيه إلى خصوص المتخاصمين و لكن لا محصل لذلك و لاـ يكون هـذا وجه الفرق بينهما بـل فى المقامين الأمر كما ذكر إذ المقرّ فى كلتا المسئلتين قـد أقرّ الثلثه باخوّته و بالجمله لم يتحصّل من كلامه هذا شى ء فى وجه الفرق بين المقامين و الحق ما ذكرناه.

و قال شيخنا الأستاذ ان المقر لم يقر أزيد ما يزيد من حقه المختص به من أصل المال لأنه أقر بأنّ ثلث أصل المال للمقر له فيكون الزائد مما يستحق هو السدس و السدس الآخر باقيا فى النصف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۱۴

الذى تحت يد الطرف الأخر المنكر للشريک الثالث و لم يقرّ أن ما فى يدى نصفه للثالث و الا فهو خلاف الإشاعه.

و فيه ان هذا و ان كان صحيحا و قد أشار إليه المصنف فى كلامه

بقوله و دعوى أن مقتضى الإشاعه

إلـخ و أجاب عنه و لكن نكته الكلام هو أن أصل المال على حسب إقرار المقر مشترك بين الثلثه أثلاثا فلا موجب لكون المقر مالكا لما فى يده بمقدار حصته و يكون الزائد فى ما يستحقه للشريک الثالث المقر له الا القسمه فلا شبهه أنها غير مشروعه إذ ليست برضائه الشركاء أجمع فيكون باطله

اذن فليس النصف الموجود فى يـد المقر الا نصف المال المشاع بين الثلثه فحيث انّ من بيده النصف الآخر اعنى المنكر بحسـب اعتقاده يرى نفسه مالكا لما فى يـده و ان كان الواقع على خلافه لان مقتضـى يـده بل مقتضـى أصاله عـدم كون الثالث مالكا هو ذلك و ان لم يـدع كونه مالكا قطعا بل يدعى اننى لا أعلم غيرى مالكا لذلك النصف فيكون دعواه فى الظاهر عن حجّه شـرعيه مـا لم يعمّ دليـل على الخلاف و اما المقر الـذى فى يـده نصف الآخر فهو مقربان الثلثه كلهم مشتركون فى أصل المال فيكون ما فى يـده نصف المـال المشـاع المشترك بين الثلثه فبعـد قطع يـد الطرف الآـخر بأخـذه النصف فيكون هـذا النصف مشتركا على الإشـاعه بين المقر و المقر له و يكون الفـائت عليهمـا و ليس ذلك الا نظير ما أخـذ الغاصب من المال المشترك المشاع مقـدارا عـدوانا فبقى المقـدار الباقى فى يـد احـد الشـركاء إذ لا يوجب ذلك اختصاص ذى اليـد بمقـدار حقه بذلك المال بل الباقى و الفائت بين الشركاء على حدّ سواء غايه الأمر أن فى المقام ان الطرف الآخر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۴، ص: ۴۱۵

بزعمه ليس غاصـبا بل انما يتملك النصف مستندا إلى الحجه الشرعيه من أصاله عدم كون الثالث شريكا لهم و فى مسأله الإقرار بالنسب أن أصاله عدم كون الثالث ورثه و شريكا معهم كما هو واضح فلا شبهه فيه.

و هذا النكته قد سـقط من كلام شـيخنا الأستاذ و الا فلم ينكر احد أن المقر لم يقر بنصف ما فى يده بل بثلث أصل المال ليكون بالنسبه الى ما فى يده السدس.

هذا كلّه فى النصف المشاع و اما

النصف المفروض فقد ظهر حكمه من أول المسأله الى هنا فلو قال بعت نصف الدار المعيّن و كان حق كلّ من البائع و شريكه الآخر مفروضا فيحمل على نصف نفس البائع لا على نصف شريكه فيكون ذلك أيضا من قبيل بيع الغانم فان ظهور البيع فی كونه لنفسه ما لم تقم قرينه على الخلاف.

ثم هذا كلّه فيما كان أجنبيّا بالنسبه إلى النصف الآخر و أما لو كان بالنسبه إلى النصف الآخر أيضا جائز التصرّف كان يكون وكيلا من قبله أو وليّا له فهل يحمل البيع هنا أيضا على نصف نفسه أو النصف الغير المختص و قال شيخنا الأنصارى ره انه لو كان البائع وكيلا فی بيع النصف أو وليّا عن مالكه فهل هو كالأجنبی وجهان مبتيّان على ان المعارض لظهور النصف فی المشاع هو انصراف لفظ البيع الى مال البائع فی مقام التصرف أو ظهور التمليك فی الأصاله الأقوى هو الأول.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين المقامين فان قلنا أن النصف له ظهور فی النصف المشاع فيقدم على كل من الظهورين إذ ظهور

البيع فی بيع نفسه أو ظهور التمليك فی الأصاله إنما يتقدم على ظهور النصف فی المشاع إذا لم يرد على مال غيره و قد فرضنا أن له ظهور فی وروده على مال الغير فلا يعارض شی ء من الظهورين لذلك و ان لم نقل بظهور النصف فی النصف المشاع و ان كان حقيقه فيه أيضا و لكنه من باب كونه مصداقا لكلّی النصف الشامل له و للنصف المختص و للنصف المختص لشريكه و اما اختصاصه بالمشاع فلا لا وضعا و لا انصرافا.

و عليه فلا وجه لرفع

اليـد عن ظهور البيع فى بيع نفسه سواء كـان جـائز التصـرف فى النصف الآـخر كمـا فى صوره الولاـيه و الوكاله أو لم يكن جائز التصرف و بالجمله المثال فى الأجنبى و غيره واحد فلا وجه للتفريق بوجه فافهم

كان الفراغ من تسويد هذه الصحائف يوم الأحد ٢ شهر شعبان سنه ١٣٧۴ و يتلوه أن شاء اللّه تعالى المجلد الخامس.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوترية فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فی الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فی العلوم الإسلامية وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فی العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهی منظمة فی برامج إلكترونية وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوی تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبیّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فی المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فی الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فی ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
٤.CHM
٥.PDF
٦.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب فى طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.


مرکز
القائمیة
اصبهان
للبحوث والتحریات الکمبیوتریة
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩